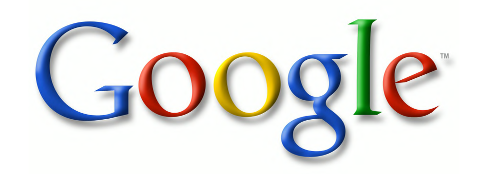
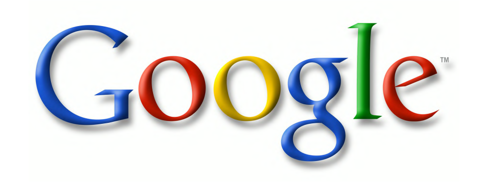



Google



CODE DE COMMERCE

—

DROIT MARITIME

—

TOME DEUXIÈME

Aix. Typ. A. Makaire, rue Pont-Moreau, 2.

1010

COURS

DE

DROIT MARITIME

PAR

M. CRESP

Ancien Professeur à la Faculté de Droit d'Aix, Avocat
Chevalier de la Légion d'Honneur

ANNOTÉ, COMPLÉTÉ ET MIS AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE
LA PLUS RÉCENTE

PAR AUGUSTE LAURIN

Professeur de Droit Commercial à la Faculté de Droit d'Aix
et à la Faculté des Sciences de Marseille
Avocat à la Cour d'appel

Disjecti membra poetæ

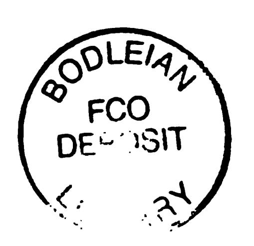
AFFRÈTEMENTS, — PRÊT A LA GROSSE

(Art. 237 à 331 C. Comm.)

PARIS
L. LAROSE, LIBRAIRE
22, RUE SOUFFLOT, 22

AIX
ACHILLE MAKAIRE, LIBRAIRE
2, RUE PONT-MOREAU, 2

1876



AVERTISSEMENT

L'étude sur le *Prêt à la grosse* contenue en ce volume présente, bien que complète dans sa disposition et son ordonnance générales, certaines lacunes, qui proviennent de ce que M. Cresp a renvoyé à la matière des *Assurances* l'examen de nombre de questions connexes aux deux contrats. Le lecteur voudra donc bien excuser les quelques omissions qui peuvent se rencontrer ici, et nous faire crédit jusqu'à la prochaine publication.

A. L.

rance, et ceux-là ont acquis une importance prédominante dans la science et la pratique.

Nous ne devons donc pour le moment nous arrêter qu'aux notions usuelles et fondamentales du *louage maritime*, qu'à celles qui nous sont nécessaires pour bien saisir et comprendre les matières qui suivront (1).

Une remarque déjà faite par occasion, c'est que la destination naturelle d'un navire est de servir de véhicule, de moyen de transport pour les choses et les personnes.

On ne possède pas un navire, on ne le construit pas, on ne l'acquiert pas pour le laisser oisif sur le chantier ou au bord d'un quai, pour le laisser pourrir immobile dans un port.

Ce navire représente un capital considérable, qui ne peut rester stérile, qu'il faut nécessairement faire fructifier.

---

(1) Nous aurons donc à compléter ici encore, dans une large mesure, les explications de M. Cresp, et nous le ferons avec tous les développements que la matière comporte. Si l'étude de l'*affrétement* offre en effet au point de vue scientifique moins d'attrait que celle des deux contrats dont il vient d'être parlé, il ne faut pas oublier cependant que cette convention a pratiquement une importance considérable; que c'est la raison d'être de toutes les autres; que l'étude en est dès lors essentielle, ne serait-ce que pour l'intelligence des règles de détail de ces dernières conventions.

Pour cela il faut l'*armer*, c'est-à-dire le munir de tout ce qui est nécessaire pour voyager et servir de transport.

Il faut l'*équiper*, c'est-à-dire mettre à bord un capitaine et des marins qui le dirigent, le soignent, ainsi que son contenu, et conduisent le tout à sa destination.

Le propriétaire peut lui-même faire tout cela, en son nom et pour son compte, — c'est-à-dire embarquer des marchandises qui lui appartiennent, et sur lesquelles, en les déplaçant, il veut bénéficier ; — ou bien traiter avec des tiers qui chargeront leurs marchandises sur son navire qui les transportera, moyennant un loyer que ces étrangers paieront.

Mais il se peut, et il arrive souvent que le propriétaire d'un navire ne veuille pas avoir l'embarras ou la dépense de l'armement, et qu'il aime mieux le louer en entier à un tiers, qui se chargera lui-même de l'armer pour le faire naviguer à son profit, en y plaçant pour être transportées ses propres marchandises, ou les marchandises de gens qui lui paieront un loyer.

En règle, c'est au propriétaire qu'il appartient de choisir et de constituer le capitaine, à qui il confie le commandement et la conservation de sa propriété. Ce choix lui appartient d'autant plus que dans tous les cas il est responsable des faits de ce capitaine, son mandataire, son préposé (art. 216).

Ordinairement l'armateur, celui qui prend à loyer le navire entier et non armé, accepte ou subit le choix que le propriétaire a fait d'un capitaine; mais il peut arriver

aussi que, par des accords spéciaux le propriétaire délègue son droit à l'armateur, qu'en conséquence celui-ci nomme lui-même le capitaine, lequel sera son préposé, mais n'en sera pas moins censé toujours le préposé du propriétaire, qui toujours demeurera responsable de ses faits ou engagements (2).

Il n'est pas ordinaire que nos propriétaires et armateurs traitent eux-mêmes directement avec des tiers pour l'embarquement et le transport, soit des passagers, soit des marchandises.

Communément, naturellement, ce soin est confié au capitaine du navire ; il fait partie des pouvoirs que celui-ci tient ou doit être censé tenir de ses constituants ; car le navire devant, pour multiplier ses profits, aller le plus possible d'un lieu à un autre, il faut bien que les tiers trouvent, sur le lieu même où ils veulent traiter du transport de leurs choses, quelqu'un qui représente légalement les propriétaires ou armateurs, qui sont plus ou moins éloignés.

Maintenant comment désigne-t-on en droit maritime ces sortes de conventions, qui interviennent entre le

---

(2) Voy. t. I, p. 317 et 609 des observations analogues. M. Cresp revenait sans cesse sur ces idées générales qui dominent tout le droit maritime, et c'est ce qui donnait à son enseignement ce charme par lequel il est resté un modèle pour tous ceux qui l'ont connu et entendu.

propriétaire, l'armateur ou le capitaine d'un navire, et des tiers qui veulent y charger ?

On les appelle du nom générique d'*affrétements*. Celui qui donne à loyer son navire, en tout ou en partie, est appelé *fréteur* ; celui qui prend à loyer tout ou partie du navire est appelé *affréteur* (3), et le loyer que celui-ci paye ou promet de payer au premier, est appelé *fret*.

C'est là le langage usité dans les ports de l'Océan, et que notre loi a adopté de préférence.

Mais elle indique et autorise elle-même (art. 273 et 286) comme synonymes, d'autres locutions anciennes ou en usage dans certaines localités.

Ainsi le contrat d'affrétement s'exprime également par le mot *charte-partie*, ancienne locution qui provient de ce qu'originairement le contrat s'écrivait sur un parchemin dont chacun des contractants gardait une moitié, afin qu'au besoin le rapprochement des deux moitiés en établit la preuve.

Ainsi dans nos ports du midi, et généralement dans la Méditerranée le contrat s'appelle *nolissement* ou plutôt *nolisement*. On y dit indifféremment *fréter* un navire ou le *noliser*, *affréteur* ou *nolisataire*, *fret* ou *nolis* (4).

---

(3) On le désigne assez communément aussi sous le nom de *chargeur* ; le mot d'*expéditeur* paraît être réservé pour les transports terrestres.

(4) Cpr. sur ces étymologies et ces dénominations Valin, *Introduction au livre* III, *tit.* I *de l'Ordonnance*, t. I, p. 617 ; Emérigon, t. I, p. 223 et 309.

Au surplus quels que soient les mots indistinctement employés, c'est sur le fonds des choses qu'il faut bien s'entendre.

Quelle est la vraie nature, quels sont les vrais caractères du contrat de *charte-partie*, *affrétement* ou *nolisement*?

C'est, répondent tous les auteurs et la loi elle-même (art. 273) un contrat de *louage.*

Mais ce n'est pas tout, et il y a encore à se demander : l'affrétement est bien un louage, mais quelle *espèce* de louage ?

Le droit romain, les docteurs et Code civil (livre III, tit. XVIII) en ont distingué deux espèces, le *louage de choses* et le *louage d'ouvrage* ou de *services.*

Ces deux espèces diffèrent par leur objet.

Par la première, l'une des parties, appelée *locateur*, s'oblige à donner pour un certain temps à l'autre, appelée *locataire*, la *jouissance*, l'*usage* d'une chose, moyennant un prix convenu.

Par la deuxième, le locateur s'oblige envers l'autre à un travail, à une industrie, à un service quelconque, moyennant le prix que lui en paiera le locataire (articles 1709 et 1710).

Il peut y avoir une infinité de louages d'ouvrage, d'industrie ou de services.

Le Code civil (art. 1779) se borne à en mentionner trois, et parmi eux il classe expressément le *louage des voitures par terre et par eau, pour le transport des personnes et des marchandises.*

Mais ici une double remarque est à faire : la loi qui déclare ainsi le louage de transport par terre et par eau, louage d'*ouvrage* et non de *choses*, est notre loi civile, qui n'embrasse et ne régit que les matières et transactions civiles. C'est donc le louage de transport purement civil, sans rapport au commerce et surtout à la marine, qu'elle a entendu classer et caractériser, comme elle l'a fait (Troplong t. III, n° 93).

Et de là il résulte qu'en parlant des transports par *eau*, conjointement avec celui par terre, elle n'a pu viser que le transport qui s'opère par nos *eaux intérieures* (étangs, fleuves ou cânaux) enclavés dans notre territoire, ou le traversant, car celui-là seul est du domaine de notre loi civile.

C'est à un autre ordre de lois qu'il était réservé de statuer sur les transports *commerciaux* et *maritimes*.

Et c'est ce qu'a fait effectivement un code postérieur consacré au commerce et à ses transactions.

Il ne se pouvait pas en effet qu'un tel Code omit de s'occuper à son tour du *louage de transport*, c'est-à-dire d'un genre de louage si fréquent et si nécessaire au commerce, car le commerce consiste, sinon tout entier (comme on l'a dit en exagérant), au moins en très-grande partie, dans le mouvement, l'expédition, l'échange des denrées et marchandises entre localités d'un même pays, bien plus entre pays différents.

Notre Code s'en est donc occupé et il l'a fait à deux reprises : d'abord dans son premier livre intitulé *du commerce en général*, et dans les sections 2 et 3 de son

titre VI consacrées aux *commissionnaires de transport par terre et par eau*, aux *voituriers*, aux *maîtres de bateaux*, aux *entrepreneurs de diligences et voitures publiques*.

De ces rubriques même, de la place qui leur est donnée, et des dispositions qui suivent immédiatement il résulte bien qu'en ce moment le législateur n'avait en vue que les transports qui s'opèrent, soit par la voie de terre au moyen de chars ou voitures de toute espèce, soit par voie d'eaux intérieures, au moyen de bateaux, barques ou petits bâtiments (5).

Et de là on peut conclure que, comme dans la loi civile, il n'a considéré les conventions pour ces sortes de transports que comme des louages d'ouvrage et d'industrie.

Mais dans tout cela il n'est pas encore question des *transports maritimes*, de ceux qui se font sur les mers par des navires appropriés à cette grande navigation.

Les auteurs du Code ont réservé cette grande matière, pour la traiter à part, dans son troisième livre,

---

(5) C'est une vérité que l'on a méconnue, lorsque, pour appuyer certaines théories plus ou moins aventureuses et novatrices, on a été chercher dans ces textes des raisons de décider, applicables aux transports maritimes (voy. t. I, p. 641 et sq.); il y a entre ces dispositions et celles qui régissent les *affrétements* toute la différence qui sépare d'une façon générale la législation civile du droit maritime (cpr. aussi t. I, p. 9 et 10).

intitulé *Du commerce maritime*, aux titres VI et autres qui s'y rattachent.

Et en cela ils n'ont pas eu beaucoup de peine, car le travail était déjà tout fait dans l'Ordonnance de 1681, et ils n'ont eu qu'à transporter les dispositions dans la loi nouvelle, sauf quelques changements dans les termes et quelques rares additions ou modifications, qui, par parenthèse, n'ont pas toujours été très-heureuses(6).

Quoi qu'il en soit, le Code dans sa partie maritime n'a-t-il encore considéré, comme il l'avait fait lui-même dans sa première partie, la convention de transport que comme une simple location d'ouvrage?

Non, car il commence (art. 273) par appeler affrétement ou louage maritimes tout *louage d'un vaisseau*.

Or un vaisseau est une *chose*, et s'il est l'objet direct, la matière même de la location, c'est un *louage de chose* dont il s'agit.

Mais en isolant et prenant ainsi à la lettre l'expression employée ici par la loi, on tomberait dans une grande erreur.

En effet, il n'y a qu'un cas, un seul où l'on pourrait justement dire que le louage d'un navire est un louage de chose.

---

(6) Voy. les art. 273, 276, 281, 282, 291 qui contiennent les plus saillantes parmi ces additions ou modifications; nous aurons du reste à nous expliquer sur chacune d'elles, et verrons jusqu'à quel point la critique générale de M. Cresp est fondée.

C'est celui que j'ai déjà signalé, celui où le propriétaire loue à un tiers son navire tout nu, non armé, non équipé, dépourvu des accessoires et des gens nécessaires pour le faire naviguer ; alors, c'est le locataire qui se charge de l'armer lui-même et d'en former l'équipage, le propriétaire ne lui fournit ni travail ni agent quelconque.

Ce n'est là évidemment qu'un simple louage de *chose*, régi par les principes du droit commun pour ce genre de location. Telle est la remarque des auteurs, Pardessus, Locré et autres (7).

Ces auteurs font de plus observer que cette espèce de convention est rare, et qu'on ne pourrait la qualifier d'*affrètement* que par une application fausse et abusive de ce mot (8).

Le véritable *affrètement*, celui qui est habituellement pratiqué, et que la loi même a seul en vue, est la convention par laquelle le propriétaire qui a armé et équipé son navire, ou l'armateur qui s'est chargé de tout cela, ou enfin le capitaine qui représente l'un ou l'autre, s'oblige de recevoir à bord, de transporter à telle ou telle destination, et de soigner pendant le trajet les effets ou marchandises que des tiers, appelés *chargeurs*, lui auront confiés.

---

(7) Pardessus, t. III, n° 704, Locré, t. III, p. 193. — *Adde* Bédarride, t. II, n° 640 ; cpr. cependant Caumont, *op. cit.*, v° *Affrètement*, n°s 1 et 2, § 1.

(8) Bédarride, *loc. cit.* fait une remarque analogue.

Cela très-certainement ne peut être pris pour un pur *louage de chose.*

Mais que sera-ce donc? Devra-t-on au contraire n'y voir qu'une location d'ouvrage?

On pourrait au premier coup d'œil être tenté de le croire; car pourquoi en serait-il des transports par mer, autrement que des transports par les routes ou par les eaux intérieures?

Pour réputer *location d'ouvrage* les transports intérieurs par voiture quelconque, on se fonde sur ce que celui qui traite avec le voiturier ou le batelier, n'a en vue que le service, que l'ouvrage que celui-ci s'engage à faire, qu'il est indifférent à l'expéditeur, même commerçant, que son obligé emploie, pour l'exécution du transport, tel instrument, tel véhicule plutôt que tel autre, tel agent plutôt que tel autre; que le choix ou la garantie de ces instruments et de ces agents concernent uniquement celui qui a loué ses services et qui doit les remplir à ses propres risques, n'importe par quel moyen.

Telle est l'explication que donnent tous les auteurs, notamment Troplong (*Louage*, t. III, n° 904).

La jurisprudence est aussi en ce sens, car dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1854 (*S.* 1854 1, 560), nous lisons au sujet d'une convention de transport par charrette ou voiture, que c'est là une *loca-*

tion du travail, et non pas la location de choses mobilières au moyen desquelles le travail s'exerce (9).

Or, si cela est exact et généralement admis, n'y a-t-il pas même raison pour dire du navire de mer, employé pour un transport, qu'il n'est que l'instrument, le véhicule du locateur, pour effectuer l'ouvrage qu'il a promis, et qu'il doit accomplir par ses propres moyens.

Ce raisonnement peut d'abord sembler spécieux, mais vu de plus près, il ne résistera pas à l'examen.

Les expéditions maritimes ont généralement une bien autre importance que les expéditions terrestre ou fluviale.

Il n'y est pas rare qu'on ait à placer dans les flancs d'un navire pour plusieurs millions de valeurs, en objets plus ou moins sujets à se détériorer ou à périr en cours de voyage.

Les chances de dommage et de perte que ces objets ont à courir dans leur trajet sont incomparablement plus graves et plus nombreuses que celles d'un voyage

---

(9) Cpr. aussi Marseille 2 juin 1874 (*J. M.* 1874, 1, 196). Le principe n'est du reste pas contestable; aussi l'expéditeur doit-il, lorsqu'il tient à un mode de transport quelconque, se le réserver formellement par une clause expresse de son contrat; cpr. Marseille 3 avril et 19 déc. 1845, 14 nov. 1853, 9 juin 1854, 1er août 1867, 13 mars 1874 (*ibid.* 24, 1, 299; 25, 1, 342; 32, 1, 94 et 249; 1867, 1, 277; 1874, 1, 145).

sur les routes, sur des cours d'eau, ou sur des eaux stagnantes.

Ces voyages dans l'intérieur ou au travers des terres, ne sont pas exempts de certains dangers, de certains accidents, provenant, soit de la nature, soit du fait de l'homme, soit de la machine quelconque qui sert au transport.

Mais ces accidents et ces dommages, on a tous les moyens de les prévenir ou de les réparer.

Le trajet s'effectue sur un sol ferme ou sur des eaux peu agitées, à travers des pays habités, plus ou moins peuplés, à portée des refuges et des secours, sous l'œil et la protection d'une police qui s'étend sur tout le territoire.

L'expéditeur a donc peu à s'inquiéter des moyens qu'emploiera, sur des voies de ce genre, celui qui se charge de rendre ses effets à telle destination. Il peut sans appréhension lui laisser le libre choix du véhicule qui sera son instrument ; sa responsabilité lui suffit.

Mais peut-il en être de même, quand il s'agit d'expédier par mer, c'est-à-dire de fier sa propriété, parfois même sa fortune, à un élément si mobile, si variable, si trompeur, qu'agitent et soulèvent si souvent des tempêtes violentes et soudaines ; où tout secours, tout refuge peut manquer, ou n'être qu'à de grandes distances ; où le voisinage même des côtes, loin de rassurer, peut être un si grand péril ; où l'absence de police et de forces stables vous laisse exposé aux rapines des pirates ou aux attaques de l'ennemi.

Dans de pareils voyages il est bien impossible qu'en traitant du transport, l'expéditeur fasse abstraction du véhicule qui servira à ce transport.

Au contraire il doit prendre ce véhicule en très-grande considération, et le faire entrer dans son marché comme élément essentiel, comme partie intégrante en sorte que sa location n'est pas d'un transport à effectuer par un navire quelconque, mais d'un transport à faire par *tel navire déterminé, individualisé*, qui, par sa force et sa marche, donne autant que possible, des garanties de sûreté et de rapidité pour le trajet qu'il devra accomplir (10).

La location que fait l'expéditeur ou affréteur, porte donc également et sur le navire désigné et convenu pour recevoir et contenir sa marchandise, et sur l'ouvrage ou service de transport que le fréteur ou locateur s'oblige à faire au moyen de ce navire, et non de tout autre.

C'est à la fois la location du navire et du service de transport ; en d'autres termes, c'est tout à la fois une *location de chose* et une *location d'ouvrage*.

---

(10) Il en est tellement ainsi, que c'est cette fois l'armateur qui, lorsqu'il veut se garder le droit de substituer un navire à un autre, doit en faire la réserve ou déclaration expresse ; c'est ce qu'on appelle la *faculté de transbordement*. La situation est donc complétement inverse de ce qu'elle était pour les transports ordinaires.

Que ce soit là le vrai et double caractère du louage maritime, c'est ce qui n'avait pu échapper aux jurisconsultes romains, si habiles à discerner, à classer et à caractériser les contrats, quels qu'ils fussent.

Nous n'avons pas ici à rechercher, à rapprocher et à concilier ce qui se rapporte à notre contrat. dans les textes du *Digeste*, et notamment aux titres *de lege Rhodia* et *de prœscriptis verbis*. De plus savants que nous se sont chargés de ce soin (11).

Sans remonter aux plus anciens, tels que Stypman, Voèt ou autres, et pour en venir au plus récent de tous, Pardessus (*Collection des lois maritimes*, t. I, p. 65), déduit nettement des divers fragments qu'il rapporte et combine, qu'à Rome comme en Grèce, notre contrat (l'affrétement) *consistait dans la concession du droit de placer dans un navire des personnes ou une certaine quantité de marchandises, et dans l'obligation con-*

---

(11) Les textes de droit romain auxquels M. Cresp fait allusion ici et auxquels renvoyait déjà Pardessus, sont les lois 2, pr. *de lege Rhôdia* et 1 § 1 *Prœscriptis verbis*, Dig. liv. XIV, tit. 2, et XIX, tit. V. La seconde de ces lois est d'une explication très-facile et a trait directement à la question ; le jurisconsulte s'y demande si le contrat que le propriétaire de marchandises a fait avec le capitaine est une *conductio navis* ou bien une *locatio vehendarum mercium*, et dans le doute il donne l'action *prœscriptis verbis*, ce qui arrive à en faire un contrat innomé, composé mi-partie du louage de choses, mi-partie de louage de services. Le premier texte est au contraire très-obscur, et ne vise d'une façon générale et directe que la con-

tractée par celui qui faisait cette concession, de transporter ces personnes ou ces objets dans un lieu déterminé : CE QUI FORMAIT UN CONTRAT COMPOSÉ DE LA LOCATION DE CHOSES ET DU LOUAGE DE SERVICES.

Et cet auteur a reproduit la même idée et presque les mêmes expressions, en traitant dans son *Cours de droit commercial*, de notre affrétement moderne, d'après les règles du Code de commerce (Cours, t. III, n° 704).

Il est juste pourtant de dire qu'avant lui Pothier, dont la sagacité sortant des matières civiles, s'était aussi exercé sur les contrats maritimes, n'avait vu déjà dans l'affrétement que la réunion et l'assemblage des deux sortes de location, celle de *chose* et celle d'*ouvrage*.

Jamais, dans son traité de la *charte-partie*, il ne sépare l'un de l'autre ces deux genres de louage (t. III, édit. Dupin, n°s 3, 6, et 103).

---

tribution à établir entre les divers intéressés au navire et au chargement, en cas de jet. Le seul point par lequel la loi touche à la question présente est le suivant : le jurisconsulte semble assimiler, en ce qui concerne le droit à la contribution, deux catégories de personnes différentes, celles qui *merces vehendas locant*, et celles qui *loca in navi conducunt* ; ce qui fait suivant les cas de l'affrétement un louage de chose ou un louage de services, mais enfin un louage de choses ou un louage de services simple. On voit que la doctrine de ce texte est beaucoup moins nette que celle du précédent, dans le sens de la nature mixte du contrat.

Pour abréger je ne cite que le résumé par lequel il termine.

L'affrétement a, selon lui, deux aspects différents ; sous un rapport, c'est le louage d'une chose, *locatio rei* ; sous un autre, c'est un louage d'ouvrage, *locatio operis*.

Et de ces deux notions réunies, il conclut que c'est un contrat *par lequel le propriétaire du navire ou le maître* (capitaine) *son préposé*, *loue son navire au marchand pour servir au transport de ses marchandises, et loue* EN MÊME TEMPS *les services du maître pour faire ce transport*; *c'est* LOCATIO NAVIS ET OPERARUM MAGISTRI AD TRANSVEHENDAS MERCES.

Formule énergique qui, dans son laconisme, exprime complétement la nature complexe et mixte de la location maritime.

Ce point éclairci et fixé, il importe peu que dans l'usage, dans les livres et dans la loi même, l'affrétement soit appelé *louage d'un navire*; c'est seulement *brevitatis causa* que cette location est communément employée.

Pour la commodité du discours, nous admettons très-bien qu'on s'en serve, et nous même nous en servirons sans scrupule, pourvu qu'on se souvienne de l'étendue et de la vérité du sens qu'il faut y attacher (12).

(12) En somme la question revient à savoir, si le transporteur a ici, comme en matière ordinaire, le libre choix de ses moyens, s'il peut à son gré substituer un véhicule à un autre.

Ceci posé, nous avons à signaler les divers *modes d'affrétement* connus et pratiqués, dont les parties (fréteur et affréteur) peuvent très-bien, selon l'occasion, convenir entre elles.

Et d'abord il en est deux modes principaux :

Affrétement total,

Affrétement partiel.

L'affrétement est *total*, quand l'affréteur s'engage à fournir et le fréteur à recevoir et à transporter des

---

Envisagée à ce point de vue pratique, la difficulté n'en est pas une, et l'art. 273 prouve deux fois le contraire, une première fois en définissant l'affrétement *toute convention pour louage d'un vaisseau*, une seconde en exigeant dans la charte-partie l'indication du *nom* et du *tonnage du navire*. Et cette rédaction est d'autant plus significative, que la disposition de l'art. 102, en ce qui concerne les transports ordinaires, ne contient rien de semblable, et garde, sur le point dont s'agit, le silence le plus absolu. Quant aux motifs qui ont fait admettre cette différence entre les transports ordinaires et les expéditions maritimes, ils sont trop nettement exposés au texte, pour que nous ayons à y revenir. En ce sens Bordeaux (trib.) 8 mars 1855 (*J. M.* 33, 2, 153). Mais ces motifs seuls nous indiquent qu'une réserve nécessaire doit être faite à cette solution, en ce qui concerne le petit cabotage. Il n'y a plus lieu en effet ici aux mêmes appréhensions que celles qui ont motivé ailleurs de la part des parties contractantes le choix de tel ou tel navire nominativement désigné ; l'élément (pour emprunter à M. Cresp ses propres expressions) est sans doute le même, le voisinage des côtes a ses périls, plus grands à un certain point de vue que

marchandises suffisantes pour la charge ou portée entière du navire.

Il est *partiel*, quand la marchandise à charger doit être inférieure à ce que le navire est susceptible de recevoir et de porter.

Chacun de ces affrétements se subdivise en plusieurs modes.

L'affrétement total peut avoir lieu :

1° *Au voyage*; c'est-à-dire que les parties conviennent d'un certain prix ou loyer (qu'on appelle *fret* ou

---

ceux de la haute mer; mais d'autre part ces dangers sont considérablement amoindris, soit par la nature et la dimension spéciales des embarcations, soit par la brièveté du trajet, soit enfin par la proximité des secours. On conçoit donc que le choix d'un véhicule déterminé est dans ce cas d'une bien moindre considération, et que le plus souvent on ne doit pas s'y arrêter. C'est à ce point de vue qu'on paraît s'être placé lorsque dans une question un peu différente de la nôtre, on a décidé que l'art. 273 ne devait pas s'appliquer au petit cabotage, par conséquent que la rédaction d'un écrit n'était pas indispensable pour fixer les accords des parties; et un arrêt d'Aix du 28 avril 1846 (*D. P.* 1846, 2, 136, *J. M.* 25, 1, 237) porte notamment qu'*en matière de petit cabotage* CE NE SONT POINT LES BATIMENTS SERVANT AU TRANSPORT, MAIS UNIQUEMENT LES MARCHANDISES A TRANSPORTER *qui sont l'objet de la convention et qui en déterminent la nature et le véritable caractère.* S'il en est ainsi, la conclusion, en ce qui concerne la difficulté présente, est toute tirée, et la solution va en quelque sorte de soi. Voy. du reste ci-après note 13.

nolis) pour tout le voyage entrepris, quelle que soit sa durée, que la navigation soit plus ou moins longue.

2° *Pour un temps déterminé*, c'est-à-dire que moyennant le prix ou fret convenu, l'affréteur pourra, dans tel espace de temps, de telle époque à telle autre, exiger du capitaine qu'il charge et navigue à son profit, selon sa convenance à lui affréteur.

3° *Au mois*, c'est-à-dire qu'indépendamment de la durée plus ou moins longue du voyage, le fret sera dû et payé à raison de tant par mois écoulé.

L'affrétement partiel, à son tour, peut avoir lieu de plusieurs manières :

1° *A forfait*, lorsque l'affréteur promet un prix déterminé pour le transport en bloc d'une quantité de marchandises, sans égard à leur poids et à leur volume.

2° *Au quintal*, quand le fret est fixé à tant pour chaque quintal que pèseront les marchandises.

3° *Au tonneau*, lorsque le prix est réglé sur tel poids ou tel volume de marchandises, correspondant à ce qu'on appelle un *tonneau*.

4° Enfin l'affrétement peut être *à cueillette*, c'est-à-dire formé sous la condition que le fréteur trouvera, dans un certain temps convenu ou usité, d'autres affréteurs qui compléteront son chargement ou à peu près, ce qui dans l'usage est fixé aux trois quarts.

Ces divers modes, tous plus ou moins pratiqués, sont reconnus et autorisés par la loi elle-même ; ils l'étaient déjà par l'Ordonnance de la Marine, titre du *fret*, art. 1,

ils le sont encore par le Code de commerce (article 286) (13).

---

(13) Nous avons diverses remarques à faire sur cette classification.

M. Cresp, à l'instar de Pardessus (t. III, n° 706, p. 165) fait de l'affrétement *au voyage, à temps, au mois*, d'une part, de celui *à forfait, au quintal, au tonneau, à cueillette* d'autre part, une subdivision forcée, l'un de l'affrétement *total*, l'autre de l'affrétement *partiel*. Cette idée ne nous semble pas exacte, et nous croyons au contraire que l'affrétement total, par exemple, peut être fait *à forfait* aussi bien qu'*au mois*, et que le fret peut y être fixé, à raison de tant le quintal ou le tonneau, comme dans l'affrétement partiel. De même pour celui-ci ; le mode de fixation du fret *par mois* peut parfaitement s'y combiner avec ceux qui sont indiqués comme lui étant spéciaux. Les auteurs les plus éminents sont en ce sens, et pour n'en citer qu'un, le plus considérable de tous, Valin, après avoir rapporté la distinction en affrétements *total* ou *partiel*, ajoute : D'UNE OU D'AUTRE MANIÈRE, *l'affrétement peut se faire au voyage, à forfait, quelle qu'en puisse être la durée, ou au mois*. Et encore : *le plus fréquent usage de l'affrétement est au tonneau, au quintal ou à cueillette* (Valin, t. I, p. 639). Ajoutons que rien dans la loi n'autorise la classification adoptée au texte, et l'art. 286 qui est le siége de la matière, s'il n'exclut pas les sous-distinctions, ne les porte pas non plus d'une façon expresse et obligatoire. Ce qui a pu donner le change à M. Cresp, c'est que les choses se passent généralement dans la pratique ainsi qu'il le dit, et ce n'est guère que par l'affrétement, soit total, soit partiel, que l'on fait les sous-distinctions dont s'agit ; mais il n'est pas moins dangereux d'ériger en règle générale et absolue, ce

Maintenant, quel que soit d'ailleurs le mode d'affrétement adopté par les parties, nous avons à voir plus attentivement quelles conditions sont usuellement et légalement exigées pour la formation de tout contrat d'affrétement ou de charte-partie.

Et d'abord quelle qualité doit avoir le fréteur ou locateur ?

---

qui n'est qu'une simple pratique, susceptible de se modifier selon les circonstances.

En somme, la division à adopter nous paraît être la suivante : l'affrétement est *total* ou *partiel* ; lorsqu'il est total, il peut être fait *au voyage* ou *à temps limité* ; lorsqu'il est partiel, il peut être *à cueillette*. Dans l'un et l'autre cas, le fret peut être fixé *à forfait*, pour toute la durée du voyage, ou *au mois*, et cela soit *en bloc*, soit *à raison de tant le quintal ou le tonneau*.

Maintenant quel est l'intérêt pratique de toutes ces distinctions ? Celui de la première est évident ; suivant en effet que l'affrétement sera *total* ou ne sera que *partiel*, l'affréteur aura ou n'aura pas le droit exorbitant dont il est parlé en l'art. 287 ; aussi l'art. 273 exige-t-il une mention spéciale sur ce point dans la charte-partie.

La sous-distinction de l'affrétement total en affrétement *au voyage* ou *à temps* se comprend de soi, et l'intérêt pratique qui s'y attache résulte assez clairement de la définition elle-même, pour qu'il soit inutile d'y insister.

Une particularité très-intéressante de l'affrétement partiel est au contraire le chargement *à cueillette*, puisque suivant que la convention spéciale dont s'agit sera ou ne sera pas intervenue, le fréteur sera obligé ou ne sera pas obligé de partir, avant que

En principe, c'est au propriétaire seul d'une chose qu'il appartient d'en disposer par louage et par vente, et d'en percevoir les fruits naturels ou civils.

Il n'en est pas autrement du propriétaire du navire. mais son droit, quant au louage qui seul nous occupe, il peut très-bien le déléguer ou céder à un tiers qu'on appelle *armateur*.

---

son chargement soit complet ou à peu près. Ajoutons que le chargeur nous paraît avoir dans ce cas une faculté exceptionnelle, celle de retirer ses marchandises, même après les avoir chargées, moyennant paiement du demi-fret ; c'est un point que nous établirons mieux plus tard (art. 288 et 291 cbn) (*).

En ce qui concerne enfin les divers modes de fixation du fret pouvant intervenir dans tous les cas, la distinction n'a en principe d'autre intérêt que celui qui résulte de cette fixation elle-même. Une réserve doit être faite cependant pour l'affrétement *au mois* ; il était intéressant ici d'une part de savoir à partir de quel moment le fret commencerait à courir, puisqu'il peut varier suivant la durée du voyage ; d'autre part il y avait à se demander si ce fret ne serait pas interrompu pendant l'arrêt survenu en cours de voyage. Ce sont ces deux points que les articles 275 et 300 ont tranchés, en décidant l'un que le fret ne courrait que du jour de la mise à la voile (sauf indemnité pour le capitaine, si le départ du navire a été retardé par le fait du chargeurs) l'autre qu'il ne serait dû aucun fret pour le temps de la détention, sauf à classer en avarie commune les frais de nourriture et les loyers des matelots pendant ce temps (cpr. art. 400 6°), ces frais ayant profité à tous les intéressés.

(*) Nous nous contentons du reste pour le moment d'esquisser sommairement toutes ces choses, sauf à les reprendre en détail lorsque nous traiterons des *effets du contrat*.

Et cet armateur peut, à son tour, comme le propriétaire même, le déléguer ou confier au *capitaine* qui a la conduite et le commandement du navire.

C'est en effet ordinairement, nous l'avons déjà dit, le capitaine qui frète le navire à des tiers appelés chargeurs (14).

Pour cela le capitaine n'a pas besoin d'un pouvoir exprès du propriétaire ou de l'armateur.

Il est leur préposé, leur *mandataire légal*, comme dit Emérigon, leur *procureur-né*, comme dit Valin, pour tout ce qui concerne le navire qu'on lui confie.

Le pouvoir de fréter résulte de sa seule qualité, de ses fonctions même de capitaine.

Il n'est qu'un cas où ses pouvoirs à cet égard cessent d'être absolus et reçoivent une limitation.

C'est celui où il s'agit de fréter dans un lieu où réside le propriétaire ou armateur, ou un fondé de pouvoirs de l'un ou de l'autre; alors il faut au capitaine, pour fréter régulièrement, leur autorisation spéciale (Cod. com. art. 232. Ord. de 1681, tit. des *chartes-parties*, art. 2).

Si pourtant, dans ce cas, le capitaine se permettait de passer de son chef un affrétement, ce contrat serait-il valable pour le propriétaire ou armateur (15)?

---

(14) Nous allons voir dans un instant que le capitaine lui même peut se faire représenter par *un courtier*, mais à la condition de lui donner un mandat exprès et écrit.

(15) C'est la question annoncée, t. I, p. 579.

Sur ce point grande division des jurisconsultes, et des meilleurs.

Valin (t. I, p. 621 et sq.) est pour la négative ; il argumente des autres cas où les propriétaires étant présents, le capitaine ne peut agir et contracter qu'avec leur concours ou leur consentement (formation de l'équipage, emprunt dans le lieu de la demeure de l'armateur). L'affrétement sans autorisation ne lie pas davantage l'armateur, à moins qu'il ne le ratifie.

La bonne foi du tiers-affréteur n'y fait rien ; sauf son action en dommages-intérêts contre le capitaine personnellement pour avoir trompé sa foi.

Emérigon (t. II, p. 424, 426, 436, 438) est d'un avis contraire.

L'affrétement doit valoir non-seulement contre le capitaine, mais même contre le propriétaire ; ainsi le veut *la foi publique* et *l'intérêt du commerce.*

L'affréteur a pu très-bien ignorer la présence du propriétaire, et bien mieux encore la présence d'un correspondant ou fondé de pouvoirs.

Pothier (*charte-partie*, n° 48, t. IV, p. 347) fait office de rapporteur, donne des motifs pour et contre, cite Valin et ne conclut pas de son chef.

Les auteurs modernes en général, et malgré quelques divergences, penchent vers l'opinion d'Emérigon, surtout Pardessus qui l'envisage ainsi, non-seulement pour l'affrétement, mais pour la formation de l'équipage, et pour l'emprunt à la grosse (t. III, n°s 629, 705 et 911,

sic aussi Dageville, t. II, p. 208, Gilbert, *Codes annotés*, sur l'art. 232).

S'il peut néanmoins rester du doute ou des hésitations sur ce point, nous tâcherons de le fixer, quand nous aurons à y revenir, à propos d'un autre contrat maritime (*contrat de grosse*).

Mais dès à présent tout au moins, je n'hésiterais pas à tenir pour valide l'affrétement fait par un capitaine, sans l'aveu du propriétaire présent sur les lieux, si ce capitaine était, comme son affréteur, de bonne foi, c'est-à-dire si (ce qui n'est pas impossible), il ignorait lui-même la présence du propriétaire, ou de l'un d'eux, s'ils sont plusieurs, ou des correspondants qu'ils pourraient avoir (arg. art. 2005, 2008, 2009 Cod. civ.) (16).

---

(16) Nous croyons qu'il faut aller plus loin, et décider sans distinction que l'affrétement serait valable dans tous les cas, étant donnée même la mauvaise foi du capitaine (voir ci-après au chap. du *Prêt à la grosse* pour les motifs). On peut ajouter en ce sens aux autorités citées dans le texte, Alauzet, t. III, n° 1148 ; Dalloz, *Répert.* v° *Droit maritime.* n°s 362 et 363 ; Havre, 30 janvier 1855 (*J. M.* 33, 2, 21). Boulay-Paty (t. II, p. 84), Bédarride (n°s 434 et sq.), Demangeat (t. IV, p. 183 et sq.)sont cependant d'un avis contraire, et professent l'opinion restrictive de Valin (cpr. aussi Marseille, 2 juillet 1875 (*J. M.* 1875, 1, 282). Ces auteurs, les deux derniers surtout, font valoir à l'appui de leur système un argument nouveau, celui résultant d'une différence de rédaction qui existerait entre les art. 2, liv. III, tit. I de l'Ordon. et 232 du Code de Com. La première de ces dispositions portait simplement que *le maître*

Quoi qu'il en soit il est incontestable qu'en l'absence des propriétaires ou armateurs, le capitaine tient de sa seule qualité le pouvoir de fréter librement le navire ; cela résulte de l'art. 2 de l'Ordonnance comme de l'article 232 du Code, *par la raison des contraires*, dit Emérigon.

Et remarquez qu'il ne servirait de rien à ces propriétaires de dire : nos ordres, instructions ou accords avec

---

serait tenu de suivre l'avis des propriétaires du vaisseau, quand il affréterait dans le lieu de leur demeure, ce qui impliquait forcément que la règle ne concernait que les rapports du capitaine et du propriétaire, tandis que l'article 232 dispose d'une façon générale que *le capitaine, dans le lieu de la demeure des propriétaires, ne peut, sans leur autorisation spéciale, fréter le navire*. Mais cette différence de rédaction ne nous paraît pas avoir la portée qu'on veut lui assigner. Pour qu'elle l'eût, il faudrait, d'une part, qu'Emérigon eût appuyé son opinion sur le texte même de l'Ordonnance, et sur la latitude que comportaient ses termes, et, d'autre part, que les rédacteurs du Code eussent à dessein modifié leur rédaction, et indiqué par là qu'ils en revenaient à l'idée soutenue par Valin. Or rien de tout cela n'est réel ; on a vu plus haut sur quelles raisons, complètement étrangères au texte de l'Ordonnance se fondait Emérigon ; de plus les rédacteurs du Code, en écrivant leur article 232 comme ils l'ont fait, n'ont pas entendu reproduire, en le modifiant, l'article 2 liv. III, tit. I, de l'Ordonnance, qui a été supprimé, mais bien l'article 17 du titre *du Capitaine*. Rien n'indique donc qu'ils aient entendu suivre l'opinion de Valin, et la question reste tout entière sous l'empire des raisons de principe.

le capitaine lui prohibaient de conclure de son chef des affrétements, ou d'en conclure de tel ou tel genre, à telle ou telle condition.

Si ces défenses ne sont pas notoires, publiques, si les tiers - affréteurs n'en ont pas eu connaissance, elles n'existent pas pour eux ; ils ont fait et dû faire confiance au mandat légal attaché régulièrement à la qualité de capitaine (17).

Voilà donc qui peut valablement contracter avec un tiers-chargeur la convention d'affrétement.

Mais n'y a-t-il pas certaines *formes légales* à accomplir pour la formation, ou au moins la constatation, et au besoin la preuve d'une convention de ce genre ?

C'est sur quoi il est important de s'éclairer et de se fixer.

---

(17) Cette décision univevsellement acceptée (voy. à défaut d'autres, Pothier, *Chart-part.* n° 49 ; Emérigon, t. II, p. 443; Marseille, 24 nov. et 29 déc. 1837, 15 janv. 1838 *J. M.* 19, 1, 137; Cass. 12 fév. 1840 *S.* 1840, 1, 225 et *J. M.* 19, 2, 115; Havre, 30 janv. 1855 précité), est la condamnation la plus éclatante du système de Valin sur la question ci-dessus. Si en effet, un mandat légal est régulièrement attaché à la qualité de capitaine, alors même que celui-ci viole ou dépasse ses instructions, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même lorsque le contrat est passé dans le lieu de la demeure de l'armateur ; la situation est identique, en ce qui concerne l'affréteur de bonne foi.

Voyons avant tout le texte de la loi.

L'art. 273 du Code de commerce, emprunté des art. 1 et 3 de l'ancienne Ordonnance, titre des *chartes-parties*, est ainsi conçu :

Toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée charte-partie, affrètement ou nolisement, doit être rédigée par écrit.

Elle énonce :

Le nom et le tonnage du navire,

Le nom du capitaine,

Les noms du fréteur et de l'affréteur,

Le lieu et le temps convenus pour la charge et pour la décharge,

Le prix du fret ou du nolis,

Si l'affrètement est total ou partiel,

L'indemnité convenue pour le cas de retard.

A la simple lecture de cet article, il est une observation qui n'aura échappé à personne.

Dans l'affrètement qu'il prescrit d'écrire, la première énonciation qu'exige la loi, c'est l'énonciation du *navire*, dont elle veut qu'on fixe l'identité, l'individualité, par le *nom particulier* qu'il porte, par son *tonnage* ou mesure de capacité ; et à cela elle ajoute immédiatement le *nom du capitaine*, qui est le préposé ou le principal agent du fréteur pour le travail ou le service de transport, auquel il s'engage vis-à-vis de l'affréteur.

Etait-il possible de mieux justifier ce que nous avons dit de la nature mixte de cette sorte de location, qui est à la fois de chose et d'ouvrage, qui porte aussi es-

sentiellement sur le véhicule affecté au transport, que sur le service auquel s'engage le fréteur ou locateur ?

Et cela à la différence des conventions de transports intérieurs, par eau aussi bien que par terre, pour lesquelles l'usage et la loi veulent bien un écrit appelé *lettre de voiture*, mais en n'exigeant d'aucune manière que, dans cet écrit, on fasse mention du moyen, instrument ou véhicule, que le voiturier ou batelier pourra employer.

Cette observation faite en passant, revenons aux formes générales que la loi prescrit pour tout *affrétement* ou *louage maritime*.

A cet égard un point très-essentiel s'offre d'abord à notre attention.

L'Ordonnance de la marine (*chart. part.* art. 1) voulait que toute convention d'affrétement fut *rédigée par écrit*.

Et cette disposition, le Code de commerce l'a répétée en disant (art. 273) que toute convention de ce genre doit être *rédigée par écrit*.

Que signifie cela ? Est-ce à dire que l'écriture soit *substantielle* à tout affrétement, qu'un affrétement verbal soit, par là-même, nul et comme non avenu ?

Même en droit civil, il est peu de contrats qui, à défaut d'écrit, soient absolument nuls.

En droit commercial, il en existe il est vrai, mais les exemples en sont bien rares.

Il en est deux qu'on peut citer.

Le contrat de *société* (sauf la *participation*) que le Code déclare nul, si un acte social n'a pas été rédigé, et de plus publié dans certaines formes ;

Le contrat qui se forme par *lettre de change*, et qui, par sa nature même, n'existe et n'a ses effets spéciaux que par une rédaction écrite et revêtue de formes déterminées.

Pour ces deux contrats, il n'est pas douteux que l'écriture tient à leur substance même (18).

---

(18) Nous n'acceptons aucune de ces deux solutions, du moins dans les termes absolus où elles se trouvent professées. Nous nous sommes déjà prononcé sur la question, en ce qui concerne la *Société*, t. I, p. 311, texte et note 13, et nous ne pouvons en principe que nous référer aux explications qui y sont données. M. Cresp prétend, il est vrai, que c'est le Code lui-même, qui déclare la société nulle, si elle n'a été rédigée par écrit, et en cela il fait allusion à la disposition formelle de l'ar. 42 qui dit, *ces formalités seront observées* A PEINE DE NULLITÉ *envers les intéressés, etc*. Mais en admettant même que cette fin d'article ait la portée qu'il lui assigne, ce qui est fort douteux, la loi ne s'occupant dans sa disposition que des formes de publicité, il est à remarquer que l'article 42 n'existe plus aujourd'hui (art. 65 de la loi du 24 juillet 1867) et se trouve remplacé par l'article 56 de la même loi, dont le texte ne vise que les formalités relatives à la publication. Sans doute la publication et la rédaction de l'écrit constitueront le plus souvent deux questions connexes, et la nécessité de la première impliquera forcément celle de la seconde. Mais il n'en sera ainsi que tout autant que la question de publication se posera ; en dehors

Mais il est d'autres conventions pour lesquelles le Code de commerce, après l'Ordonnance, a prescrit l'emploi de l'écriture.

Ce sont les *contrats maritimes*, tels que la *vente volontaire des navires* (art. 195), les *affrétements* (article 273), les *contrats de grosse* (art. 311), les *assurances* (art. 332).

Or pour ceux-là, la loi n'a pas prononcé la nullité à défaut d'écrit, et d'ailleurs la nécessité d'un écrit ne résulte pas de leur nature même.

---

de cela, la question de rédaction est entière, et ne saurait se résoudre par le texte de l'article 56, pas plus qu'elle pouvait l'être autrefois par celui de l'article 42 du Code de Commerce.

Une réserve analogue doit être faite relativement au *contrat de change* ; ce contrat ne se forme pas par *lettre de change*, comme le dit à tort M. Cresp; il se constate par elle, il se transforme même en elle, mais il peut en être indépendant, lorsqu'il n'en prend pas la forme, et dans ce dernier cas on ne comprendrait pas pourquoi il ne pourrait pas être *consensuel*, c'est-à-dire exister par le seul accord des volontés, sauf à se prouver aux termes du droit commun (art. 109 et 632 Cod. Com.) Cette distinction se trouve faite par nos auteurs les plus éminents, soit anciens, soit modernes (voy. entre autres Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 3, t. IV, p. 473); et on ne pourrait aujourd'hui invoquer contre elle la disposition de l'art. 110 Cod. Com., car ce que cet article règlemente, ce n'est pas le contrat de change *seul*, mais bien la lettre de change, qui le contient, il est vrai, forcément, mais qui ne contient pas que lui.

Qu'en faut-il conclure, et qu'a donc entendu le législateur ?

Renfermons-nous ici dans ce qui concerne l'*affrétement*.

Aucun jurisconsulte de quelque poids n'a pensé que l'écriture tint à la *substance* du contrat ; tous ont admis au contraire quelle n'était requise que pour la *preuve* du contrat ; que l'affrétement verbal, s'il y avait aveu des deux parts, valait par le seul consentement, et devait avoir ses effets entre les parties ; que même en cas de dénégation, et à défaut de preuve écrite, le *serment décisoire* pouvait être déféré à la partie qui niait la convention.

On peut citer parmi les anciens, Valin (t. I, p. 618), Pothier (*chart. part.*, n°s 13 et 14), parmi les modernes, Locré (p. 198 et sq.), Boulay-Paty (t. II, p. 268), Delvincourt (t. II, p. 277), Pardessus (t. III, p. 168 n° 708), Bravard (p. 360 et 361), Massé (t. VI n° 200), Dalloz (*loc. cit.*, n° 803) (19).

Tous enseignent que la loi n'a voulu, en prescrivant un écrit, qu'exclure la preuve testimoniale, et cela par dérogation spéciale au principe qui, pour les conven-

---

(19) *Adde* Bédarride, n°s 642 et 645 ; Caumont, *op. cit.*, v° *Affrétement*, n° 17 ; de Fresquet, *Précis du cours de Droit commercial*, p. 101.

Aussi la grande masse des auteurs a-t-elle entendu la loi en ce sens (23).

Au reste tous, nous l'avons dit, reconnaissent sans difficulté que l'écriture est exigée, non pour la *substance* de l'affrétement, mais seulement pour la preuve du contrat; que d'ailleurs si par là la loi a voulu exclure toute preuve par témoins, l'exclusion ne saurait s'étendre à celle qui résulterait de l'*aveu* ou du *serment* des parties.

Si la doctrine est uniforme sur ce point, en est-il de même de la jurisprudence?

---

(23) Tous, à l'exception de ceux qui viennent d'être cités au texte et à la note 21 : *sic* aussi Bordeaux (tr. com.) 28 oct, 1845, 23 nov. 1847 et 12 juin 1849 ; Marseille, 7 août 1855, 23 mars 1864 et 2 avril 1873 (*J. M.* 25, 2, 81 ; 27, 2, 17 ; 28, 2, 127 ; 34, 1, 31, et 1864, 1, 144, et 1873, 1, 287). Un jug. du Havre du 12 juillet 1862 (*ibid.* 1862, 2, 94) semblerait tout d'abord contraire ; ce jugement décide en effet qu'à défaut d'écrit, le preuve de l'affrétement peut résulter de présomptions graves, précises, concordantes ; or on sait que ce genre de preuve n'est admis que là où il peut y avoir lieu à prouver par témoins (art. 1353 Cod. Civ.) Mais en réalité cette décision n'a pas la portée qu'on pourrait lui attribuer tout d'abord ; il s'agissait en somme ici de présomptions tirées des *agissements des parties*, c'est-à-dire qu'on puisait la preuve de l'existence du contrat dans l'exécution même qui en avait été faite. Or cela, ainsi qu'il sera démontré plus loin, a toujonrs été permis, car cette exécution constitue un *aveu* implicite.

Chose singulière et vraiment surprenante ! La contradiction est venue du côté même d'où l'on devait le moins l'attendre.

C'est un tribunal de commerce du premier rang, siégeant dans l'une de nos plus grandes villes maritimes, qui, nombre de fois, a jugé qu'une rédaction écrite était *substantielle* à l'affrétement ; qu'à défaut ce contrat n'existait pas, n'était pas obligatoire ; qu'en cette matière ni l'aveu ni le serment n'étaient admissibles.

Et il a jugé cela pour toute espèce d'affrétement, non seulement pour l'affrétement total, mais encore pour l'affrétement partiel, et même pour celui qui n'est que conditionnel (à cueillette).

Voy. Marseille 7 mars 1825, 2 oct. et 28 déc. 1837, 18 août 1843 (*J. M.* 6, 1, 65 ; 17, 1, 135 et 139 ; 23, 1, 22).

Mais ce même tribunal n'a pas toujours persisté dans une si rigoureuse jurisprudence. Plus d'une fois il y a fait brêche, en cessant de voir dans l'écriture une condition substantielle au contrat, en ne voyant plus dans l'art. 273 que la prohibition d'une preuve non écrite, et en admettant soit l'aveu, soit le serment décisoire.

Marseille 6 juin 1838 et 25 juin 1845 (*ibid.* 18, 1, 157 et 24, 1, 287). L'arrêtiste (t. 36, 1, 71) cite encore en note un jugement du 1er mars 1844.

Malheureusement, par une nouvelle et regrettable variation, le tribunal de Marseille est encore revenu à

repousser le serment décisoire déféré en cette matière; jugement du 29 janvier 1858 (*ibid.* 36, 1, 71) (24).

Mais en voici l'heureux contre-poids.

Le tribunal de commerce et la Cour de Bordeaux, autre place maritime du premier ordre, ont su jusqu'au bout se préserver de pareils écarts.

On y avait déjà jugé le 28 octobre 1845 (*J. M.* 25, 2, 81) que la loi, en prescrivant un écrit, n'avait eu en vue que la preuve et non l'existence du contrat, et qu'un affrétement verbal n'en devait pas moins valoir s'il était avoué par l'une et l'autre parties.

Et même, à une époque récente, on y a jugé qu'en l'absence de tout écrit, la preuve d'un affrétement peut résulter *des explications données par les parties elles-*

---

(24) Ce retour à l'ancienne jurisprudence n'a été heureusement qu'accidentel ; et le tribunal s'est depuis, définitivement rattaché à cette idée que l'écrit n'est ici exigé que pour la preuve du contrat ; voy. jug. du 13 mars 1864 et 7 avril 1873 précités, et principalement jug. du 12 oct. 1873 (*J. M.* 1875, 1, 9). Cette dernière décision est surtout significative, en ce que le tribunal ne s'y borne pas à repousser le preuve testimoniale, mais admet la délation du serment décisoire.

Le tribunal de commerce de Nantes paraît fixé en sens contraire; voy, jug. des 21 oct. 1871 et 9 janv. 1875 (*N.* 1871, 1, 245 et 1875, 1, 33; *J. M.* 1875, 2, 108); une décision précédente du 9 déc. 1869 (*N.* 1870, 1, 37) avait cependant admis que la preuve du contrat pouvait résulter de l'aveu de la partie.

mêmes dans une comparution personnelle ; arrêt du 12 mars 1861 (*ibid.* 1861, 2, 67).

Ainsi donc, quoi qu'il en soit des variations et contradictions qui ont eu lieu tout près de nous, tenons pour constant avec des tribunaux de grande autorité, et d'ailleurs avec l'unanimité des auteurs, que l'écriture n'est pour rien dans l'essence et la validité d'un affrétement, et que tout le sens, toute la portée de l'article 273 est de vouloir (hors le cas d'aveu ou de serment) une preuve écrite d'un contrat de cette nature (25).

Mais quel genre d'écrit la loi veut-elle exiger? elle dit que tout affrétement sera rédigé par écrit, et immédiatement elle indique les énonciations qui devront entrer dans la rédaction.

Il semble bien résulter de là qu'elle entend parler d'un acte véritable, auquel concourent les deux parties, fréteur et affréteur.

Quelle sera la forme de cet acte? sera-t-elle publique ou privée?

La loi n'en dit rien, et par là-même elle autorise l'une ou l'autre forme, au choix des parties.

---

(25) Cette conclusion nous paraît inattaquable, et si nous en faisons la remarque, c'est que nous verrons plus tard M. Cresp, entraîné par l'autorité d'Emérigon, admettre, en matière d'*assurance*, et cela le plus gratuitement du monde, une solution contraire.

Si elles optent pour la forme publique, elles pourront en France, s'adresser pour la rédaction à tout notaire qui imprimera à leurs accords l'authenticité et la forme exécutoire qui s'attachent aux actes de leur ministère (26).

A l'étranger, elles pourront avoir les mêmes avantages, en s'adressant aux *consuls français* ou à leurs *chanceliers* ; car ces officiers ont qualité de notaires en général, pour recevoir les actes de leurs nationaux, plus particulièrement leurs conventions commerciales, plus spécialement leurs contrats maritimes, et parmi ceux-ci les affrétements (27).

---

(26) Il n'est pas douteux que l'acte ne doive être soumis dans ce cas aux formes règlementaires des actes notariés en général. L'article 80 du Code de Commerce, qui définit les attributions des *courtiers maritimes*, ne confère pas en effet (à la différence du précédent), aux notaires le même droit qu'aux courtiers, et par conséquent ne les autorise pas implicitement à procéder de la même façon. Il s'ensuit qu'ils n'ont ici que leur compétence générale, établie par l'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI, et doivent dès lors instrumenter en la forme ordinaire et de droit commun.

(27) M. Cresp renvoie ici à des notes supplémentaires, que nous nous faisons un devoir et un plaisir de transcrire, (bien qu'elles dépassent considérablement la matière), parce qu'elles établissent et résument d'une façon très-nette les attributions de nos consuls, en ce qui concerne les actes passés par des français à l'étranger.

« L'Ordonnance de la marine de 1681 portait dans son ar-

Il est chez nous d'autres agents ou officiers auxquels les parties peuvent recourir.

---

ticle 24 du livre I, titre IX que *les testaments reçus par le chancelier dans certaines formes, seraient réputés solennels,* et dans l'article 25, *que les polices d'assurance, les obligations à grosse aventure ou à retour de voyage, et tous autres contrats maritimes pourraient être passés en la chancellerie du consulat, en présence de deux témoins qui signeront.*

Valin, sur cet article (p. 268), dit : *Non-seulement les contrats maritimes, mais encore tous autres contrats pourront être reçus entre les français par les chanceliers du consulat;* il cite en ce sens Savary, liv. V, chap. 2, p. 703.

Il ajoute que même il est défendu aux français de passer aucuns actes absolument par-devant des notaires publics des lieux, à peine de nullité desdits actes (art. 31 de l'Ord. du 24 mai 1728).

Mais cette Ordonnance, rapportée par Valin lui-même, p. 238 du tome I de son ouvrage, porte textuellement qu'elle est spéciale au consulat français de Cadix. Elle laisse donc tous les autres consulats sous le droit commun de l'Ordonnance de 1681 ; *pourront,* dit l'article 25, c'est facultatif.

Venons maintenant au droit actuel :

L'article 48 du Code Nap., en ce qui concerne les actes de l'état civil, dispose que *tout acte de l'état civil des français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques ou par les consuls.*

Vient ensuite l'Ordonnance du 23 oct. 1833 sur l'interven-

Pour traiter des affrétements et de leurs conditions, les parties, armateurs ou capitaines et chargeurs, em-

---

tion des consuls relativement aux actes de l'état civil des français en pays étranger (Duvergier, t. 33, p. 487).

On trouve à l'article 3 de cette Ordonnance la disposition suivante : *Les expéditions des actes de l'état civil, faites par les chanceliers et visées par les consuls, feront la même foi que celles qui sont délivrées en France par les dépositaires de l'état civil.*

Remarquez aussi l'article 1er de la même Ordonnance : *Nos consuls se conformeront, pour la réception et la rédaction des actes de l'état civil des français, qu'ils sont autorisés à recevoir par l'article 48 du Cod. Nap., aux règles prescrites par ce Code et par les lois sur cette matière.*

Mais, pour les actes de l'état civil des français à l'étranger, l'intervention, le ministère du consul est-il forcé, obligatoire ?

Non, ici domine la grande règle que tout acte à l'étranger est valable, s'il est conforme à la loi étrangère. Voyez en effet l'article 47 du même Code : *Tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.*

Ce n'est que subsidiairement que l'article 48 attribue le même effet aux actes que recevraient les consuls.

Pour la célébration du mariage à l'étranger entre français, et entre français et étrangers, l'article 170 rappelle et applique spécialement le principe de l'article 47.

Donc le recours au consul est purement facultatif, l'option est laissée entre ce consul et le fonctionnaire étranger opérant suivant sa loi.

ploient fréquemment des intermédiaires reconnus et institués par la loi sous le nom de *courtiers interprètes*

Nos lois attribuent donc à nos consuls la qualité d'officiers de l'état civil.

Leur reconnaissent-elles également le caractère de *notaires*? c'est-à-dire est-il d'autres actes que ceux de l'état civil, que nos consuls puissent ou doivent recevoir et rédiger valablement?

Ni le Code Civil, ni aucune des lois de 1833 sur les *consulats*, ne s'en est formellement expliqué.

Dans le Code Civil, il y a bien deux articles (994, 995) qui déclarent valable un testament reçu à l'étranger par un officier public français, opérant conformément à la loi française, toutefois en réservant toujours l'option des formes usitées dans le pays où l'acte a été fait.

Mais cela est pour un cas spécial, celui où un navire étant en cours de voyage et ayant abordé à terre, un marin ou un passager veut y faire son testament. Et c'est vraisemblablement ce cas qu'avait en vue l'Ordonnance de la marine dans son article 24 ci-dessus.

Hors de ce cas, le consul est-il compétent?

Un autre article du Code Civil, l'article 999, porte que le français, se trouvant en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous seing privé, ou *par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.*

Voilà la règle générale pour le français testant à l'étranger, et là il n'est plus question du ministère d'un fonctionnaire français.

Pardessus (t. VI, p. 273 et sq.) relève cette raison de douter,

et conducteurs de navires, et qui seuls ont le droit de faire le courtage des affrétements, de constater le coût

---

mais c'est précisément selon lui cette disposition qui établit la légalité d'un testament reçu par le consul.

Du reste il n'hésite pas à croire que l'article 24 de l'Ordonnance (pris dans un sens général) ne soit toujours en vigueur.

Et c'est, au surplus, ce que décide une circulaire du ministre des affaires étrangères du 22 mars 1834, que rapporte Tripier *(Codes français*, note sur l'art. 999).

Soit donc ; mais, dans tous les cas, le français testant à l'étranger conservera du moins l'option entre l'officier public du pays où il teste et le consul de sa nation ; option reconnue pour l'état civil, et aussi pour les testaments.

Y a-t-il encore d'autres actes que les consuls aient qualité pour recevoir ?

Peuvent-ils encore aujourd'hui recevoir en chancellerie les actes que leur attribuent l'article 25 de l'Ordonnance de la marine (*polices d'assurance, contrat de grosse*, et tous autres contrats maritimes) ?

Peuvent-ils même recevoir tous autres actes que ceux-là, commerciaux ou civils, comme le pensaient Valin, Savary et autres ?

Aucune loi moderne n'a dit cela, au moins expressément.

Néanmoins Pardessus, *loc. cit.*, *n'hésite pas à croire que les dispositions des art. 24 et 25 de l'Ord. de 1681, qui reconnaissent aux chanceliers des consulats le droit de recevoir les actes que des français veulent passer entre eux, et accordent, en France, à ces actes les mêmes effets qu'à ceux des notaires, ne soient toujours en vigueur.*

du fret ou du nolis, de traduire les déclarations, chartes-parties, etc., et de servir d'interprètes à tous étrangers, maîtres de navires (Cod. com. art. 80).

Mais pourquoi donc les Ordonnances de 1833 qui ont voulu renouveler, coordonner et compléter les règles sur les consulats, ne se sont-elles pas nettement expliquées sur des attributions aussi importantes ?

Pardessus *ibid.* en indique une raison un peu empreinte de rancune contre le régime de juillet : c'est que *les Ordonnances de 1833 ont été en général rédigées avec un esprit extrêmement timoré, en ce qui concerne les points de collision entre l'autorité française et l'autorité étrangère.*

Il y a du vrai dans l'observation : l'envie d'attribuer ou de maintenir à nos consuls la réception des actes, a été masquée ou enveloppée par nos autorités de 1833 (*).

Ainsi dans l'Ordonnance du 25 octobre (Duvergier, t. 33, p. 490) c'est au titre des *légalisations* qu'on trouve un article 8, d'après lequel *les intéressés pourront, si bon leur semble, passer leurs actes* (sans dire lesquels), *soit en chancellerie, soit devant des fonctionnaires publics compétents,*

Le même esprit ressort de l'Ord. du 26 octobre (Duvergier p. 491) dont les articles 7 et 8 portent les dispositions suivantes : *Sauf les exceptions qui pourront être autorisées.... les vice-consuls et agents consulaires ne feront aucun des actes attribués aux consuls, en qualité d'officiers de l'état civil et de* NOTAIRES. — *Lorsque les vice-consuls et agents consulaires auront été autorisés à faire des actes de la compétence des* NOTAIRES *ou des officiers de l'état civil, etc.*

(*) Nous avons à peine besoin de répéter que nous nous bornons à transcrire, en laissant à chacun la liberté de ses appréciations.

Si donc les parties, pour négocier leurs accords, s'adressent à l'un de ces courtiers, il est possible et même

---

L'office de *notaire* est là reconnu ou attribué aux consuls ou à leurs chanceliers, et l'est d'une manière générale, sans limitation à tels ou tels actes, et c'est en ce sens que Pardessus paraît bien l'entendre.

Mais remarquez (et c'est l'observation de Pardessus sur l'art. 8 de l'Ord. du 25 octobre) que là même on réserve aux français la liberté de s'adresser, s'ils le préfèrent, aux notaires et officiers publics du pays où ils se trouvent, et par conséquent de procéder et de contracter selon les lois ou usages de ce pays.

Remarquez pourtant un cas d'exception à la règle *locus regit actum*.

Il est des actes commerciaux ou maritimes, pour lesquels le francais à l'étranger ne peut s'affranchir de certaines règles ou formes tracées par la loi française, et ne peut s'adresser, à son libre choix, au consul de sa nation ou au magistrat du lieu.

Le capitaine pour ses *rapports de navigation*, aux lieux où il aborde ou relâche (Cod. Com. art. 244 et 245) doit faire ces rapports à son consul, et ce n'est qu'à défaut qu'il peut les faire au magistrat du lieu (*).

Si ce capitaine veut emprunter à la grosse, vendre ou engager des objets de son chargement, il faut qu'au préalable il s'y fasse autoriser par son consul ; ce n'est qu'à défaut qu'il peut recourir au magistrat local (même art. 234).

De même pour les règlements d'avarie grosse faits à l'étran-

(*) Voy. t. 1, p. 594 et 598,

naturel qu'elles lui demandent, de plus que la négociation, la rédaction en acte de leur affrètement.

Et s'il le rédige en effet, quel caractère, quelle force aura l'acte par lui dressé ?

A ne consulter que le texte de la loi, l'office de courtier ne devrait pas aller jusque-là ; car elle ne leur attribue que le *courtage*, c'est-à-dire la négociation, tandis que pour d'autres contrats maritimes, (ceux d'assurance, par exemple) elle a soin de leur attribuer expressément la rédaction (art. 79).

Néanmoins la force même des choses a amené le Commerce et l'Administration elle-même à reconnaître aux courtiers d'affrétement le droit de rédiger ces sortes d'actes.

Et en effet il serait fort difficile, dans la pratique, de séparer la rédaction de l'entremise ou du courtage.

Cela serait surtout impraticable pour des affrétements fort usités, les affrétements partiels et surtout ceux *à cueillette*.

---

ger (art. 414, 416). C'est le consul qui nomme les experts, homologue et rend exécutoire la répartition ; ce n'est qu'à son défaut que la nomination est faite et l'homologation donnée par le magistrat du lieu (*). »

(*) Mais il est à remarquer que dans tous ces cas le consul ne se borne pas à être le témoin officiel des parties et à dresser acte de leurs conventions, il prend certaines mesures administratives qui touchent de très-près à la juridiction ; voy. Pardessus, t. VI, n° 1470 2° ; Massé, *Droit commercial*, t. I, nos 470 et 481.

Il s'y agit, pour un capitaine, de trouver un plus ou moins grand nombre de chargeurs, dont les marchandises réunies puissent former le chargement entier de son navire.

Le courtier qu'il emploie doit donc chercher et recueillir successivement les souscriptions de chargeurs partiels, plus ou moins nombreux.

Autant de souscripteurs trouvés, autant d'actes successifs dont la rédaction se confond forcément avec la négociation (28).

Les courtiers d'affrétement sont donc en pleine possession du droit de rédiger les chartes-parties.

Reste à déterminer le caractère, la force légale de leurs actes.

Incontestablement ces courtiers sont des officiers publics; constitués par la loi, nommés et commissionnés

(28) Nous retrouverons le même procédé en matière d'assurance, avec cette différence cependant, qu'en matière d'assurauce la signature de l'assuré sur la police n'est pas indispensable, et peut être remplacée par celle du courtier, tandis qu'ici celle du capitaine serait de rigueur, et ne pourrait au contraire être suppléée par celle du courtier, qu'en l'état d'une procuration formelle et écrite. Cette dernière proposition n'a pas besoin de démonstration; c'est l'application même des principes (voy. Bordeaux, trib. 12 juin 1849; Marseille, 25 janv. et 22 juillet 1859, 25 juillet 1865 (*J. M.* 28, 2, 127; 37, 1, 291; 1865, 1, 236). Quant à la première, qui n'est qu'une conséquence des nécessités pratiques, elle sera mieux établie plus tard, quand

par le Pouvoir pour exercer leurs fonctions à l'exclusion de tous autres, il est bien impossible de leur dénier cette qualité.

Et s'il en est ainsi, la conséquence forcée, c'est que les actes de leur ministère, qui rentrent dans leurs fonctions, sont des actes *publics*, *authentiques*.

Il est vrai que ces actes n'ont pas tous les effets des actes notariés ; ils ne confèrent pas, ou du moins ils ne peuvent pas conférer *hypothèque*, ils n'ont pas *exécution parée*.

Mais ils n'en ont pas moins le caractère d'*authenticité*, en ce sens qu'ils font foi de la vérité de l'écrit et des signatures, et qu'on ne peut les attaquer que par la voie de l'inscription de faux.

Il est vrai encore que pour faire preuve, l'art. 109

---

nous traiterons des *formes externes et internes du contrat d'assurance*, — Il en serait de même si le courtier s'était présenté au nom des chargeurs ; le contrat ne serait parfait, qu'en l'état d'un mandat en règle donné par ceux-ci, à moins que le courtier, agissant en véritable commissionnaire, n'eût pas dénommé les personnes pour lesquelles il traitait ; dans ce cas ce serait lui qui serait le véritable affréteur, et en assumerait dès lors toutes les obligations vis-à-vis du capitaine. On peut consulter avec fruit sur ce point particulier les décisions suivantes : Bordeaux (trib. com.) 10 sept. 1844, 16 mai 1845, 26 nov. 1846 ; Marseille, 21 fév. 17 et 22 mai 1850, 30 août 1856 (*J. M.* 24, 2, 14, et 143 ; 26, 2, 8 ; 29. 1, 125 et 296 ; 34, 1, 140).

veut en général que les actes des courtiers soient *dûment signés par les parties.*

Mais cela même est essentiel aux actes notariés, qui n'en sont dispensés que s'il y a chez les contractants impuissance de signer.

Les actes de courtiers en sont-ils aussi dispensés dans ce cas ?

Valin et Emérigon le pensaient ainsi autrefois (Valin, t. I, p. 619, Emérigon, t. II, p. 610 et 613); Toullier (t. VIII n° 397) et Pardessus (t. I, n° 132) le pensent encore aujourd'hui.

Mais quoi qu'il en soit, une chose est certaine, c'est qu'au moins *avec la signature des parties*, les actes de courtiers ont la force et la foi due aux actes publics (29).

---

(29) Nous avons déjà annoncé cette question (t. I, p. 261) et indiqué sommairement la solution à laquelle nous croyons devoir nous rattacher, solution qui, comme on le voit, est celle du texte. Nous ne pouvons qu'y persister. Ce système était autrefois celui de l'ancienne jurisprudence, qui allait plus loin même dans cette voie, et assimilait complètement, quant aux effets qu'ils étaient susceptibles de produire, les actes passés par les courtiers et ceux passés par les notaires (Emérigon, t. I, p. 49 et sq.) La loi nouvelle a dérogé en certains points, il est vrai, à cet état de choses ; les actes des courtiers ne confèrent plus aujourd'hui de plein droit hypothèque (pas plus que ceux des notaires du reste), de plus la voie de l'exécution parée n'a été attachée qu'aux actes notariés et aux décisions judiciaires ; enfin la signature des parties, qui pouvait autrefois être sup-

Venons à la forme purement privée.

Sans recourir à notaire ni courtier, les parties peuvent fort bien rédiger et signer entre elles un acte d'affrètement.

Aucune formule spéciale ne leur est prescrite pour cela ; il suffit que d'une manière quelconque, les conditions essentielles se retrouvent dans leur écrit.

Mais suffira-t-il aussi que cet acte sous seing privé

---

plée par celle des courtiers, est devenue aujourd'hui obligatoire, aux termes de l'article 109, avec le tempérament indiqué cependant par M. Cresp, tempérament en faveur duquel l'art. 192 n° 8 fournit un argument d'analogie des plus puissants. Mais voilà tout, et en dehors de ces modifications partielles, les actes des courtiers sont restés ce qu'ils étaient autrefois, car leur caractère (sauf en ce qui concerne les négociations des marchandises, dont le courtage est aujourd'hui libre, aux termes de la loi du 18 juillet 1866) n'a pas changé.

On pourrait, il est vrai, élever contre ce système une double objection. On pourrait soutenir d'abord, qu'en exigeant la signature des parties, la loi a dépouillé les courtiers de leur caractère d'officiers publics, qu'elle en a fait de simples témoins des contractants, et que le seul effet qui s'attache dès lors à leur propre signature est de rendre valide entre deux parties leur sous seing privé, alors même qu'il n'aurait pas été fait double. Mais cet argument n'a pas au fond la portée qu'il paraît avoir, car, s'il était fondé, on pourrait en dire autant des notaires, qui instrumentent en la même qualité, et dans les mêmes conditions (sinon en la même forme) que les courtiers ; on a même dit que ceux-ci étaient les *notaires du commerce !* C'est donc exagérer considérablement l'innovation faite par les rédacteurs du Code de

soit fait et signé *en un seul original*, ou bien faudra-t-il qu'il soit fait *double*, afin que chaque partie ait un titre dans les mains ?

Si le droit civil devait ici nous régir, nul doute que le double ne fut nécessaire pour la validité de l'acte; car le Code civil (art. 1325) prescrit cette forme pour tout acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, et l'affrétement est un contrat bila-

---

Commerce que d'y attacher ce sens là, et la loi n'a guère voulu, en exigeant la signature des parties, que corroborer la force probante de l'acte, et mettre les bordereaux des courtiers en harmonie avec la législation qui régit les actes authentiques en général (Locré sur l'art. 109, t. I, p. 539).

Une autre objection pourrait se tirer de la définition même que l'article 1317 Cod. Civ. donne du titre authentique. Des deux conditions que la loi requiert pour l'authenticité de l'acte, l'une tout au moins semble faire défaut ici, la *solennité des formes*. Mais outre que dans le cas présent on pourrait voir une certaine solennité, soit dans les énonciations exigées par l'article 273, soit dans la nécessité plus générale de la signature des parties, il convient de remarquer que cette seconde condition n'a pas le caractère absolu de la première, et l'on comprend très-bien, que pour ne pas entraver la célérité des transactions commerciales, la loi l'ait ici dans le détail considérablement atténuée. En ce sens, et en plus des autorités citées au texte, Delaporte, t. I, p. 226 ; Dalloz, *Dict. gén.* v° *Obligations*, n° 3055 ; cpr aussi Marseille, 25 janv. et 22 juillet 1859 précités. — *contr.* Vincens, t. I, p. 593 et t. II, p. 90 ; Bédarride, n° 643 ; cpr aussi le même, *Achats et ventes*, n°s 340 et sq.

téral emportant obligation de la part du fréteur comme de l'affréteur.

Mais ce contrat est tout commercial, il est régi par la loi commerciale qui le déclare acte de commerce à l'égard de toutes personnes (art. 633).

Or nous avons vu qu'en fait de preuve, la loi civile n'avait statué que sur les matières civiles, et que, pour les matières de commerce, elle s'était expressément référée aux lois commerciales.

Le Code de commerce (art. 109) range, parmi les preuves qu'il admet, les actes sous signature privée, mais il n'ajoute et ne prescrit absolument rien de plus.

Il y a même plus; quand la loi commerciale a voulu que pour un de ses contrats spécialement, cette formalité fût empruntée au droit civil, elle l'a dit exprimé de la manière la plus formelle et la plus positive; ex. dans son art. 39 pour les *sociétés*.

Elle l'a encore voulu et dit expressément (art. 282) pour le *connaissement*, acte ou document maritime, qui est une conséquence et la suite ordinaire des affrétements conclus, mais qui tire surtout sa haute importance du droit public et du droit des gens.

Quant à l'acte même d'affrétement, à cet acte spécial et d'intérêt privé, qu'elle règle sous le nom de *charte-partie*, la loi n'a rien voulu ni rien dit d'un nombre quelconque d'exemplaires.

Elle s'est donc contentée là du seul original qui serait dressé, comme elle s'en est contentée pour tous actes commerciaux en général ; les deux seules exceptions

qu'elle ait faites ne servent qu'à mieux confirmer la règle générale.

Cette règle du droit commercial qui, dérogeant au droit commun, dispense généralement du double, a été reconnue et professée par nos auteurs et notamment par M. Pardessus (t. I n° 245, p. 502), et ils l'ont sans difficulté appliqué à l'*affrétement* comme à tous autres actes commerciaux, non formellement exceptés (Boulay-Paty, t. II, p. 272).

Et pourtant parmi ces auteurs, il en est qui, lorsqu'il s'agit d'affrétements, montrent une certaine hésitation vraiment singulière.

Après en avoir dispensé les actes commerciaux en masse, lorsqu'ils en viennent à l'affrétement, ils se bornent à dire : *il ne paraît pas que cet acte doive être fait double* (Bravard) ; ou bien : *j'ai peine à croire que l'on prononçât la nullité sur ce seul motif* (Delvincourt, t. II, p. 277).

Pourquoi ces expressions timides et dubitatives ? Elles pourraient peut-être non pas se justifier, mais s'expliquer, par une décision regrettable de la Cour de cassation, sur un autre contrat maritime, celui d'*assurance*, décision qui tendait à confondre et amalgamer le droit civil et le droit commercial, et qui n'a pas réussi à faire changer d'opinion la doctrine et les tribunaux en général, sur la distinction à faire entre deux droits si différents (Cass. 19 déc. 1816).

Nous aurons plus tard occasion d'y revenir (30).

On peut donc constater un affrétement, soit par un acte public, soit par un acte sous seing privé, et dans ce dernier cas, peu importe qu'il soit fait en un seul ou double exemplaire.

Mais toujours faut-il qu'il intervienne un *acte*, un acte proprement dit, rédigé, formé par le concours des deux parties, ou de ceux qui ont droit de les représenter.

Néanmoins certains auteurs entendent la loi dans un sens plus large ; tout document, tout genre d'écriture suffirait, suivant eux, pour faire preuve en cette matière ; et ils signalent notamment la *correspondance* et

---

(30) On doit se souvenir que nous avons nous-mêmes examiné la question au sujet de la *vente des navires*, et abouti à une solution absolument opposée à celle de M. Cresp (t. I, p. 261). Nous ne pouvons donc que nous référer au contenu de cette note, pour la réponse aux arguments présentés dans le texte, sauf en un point mis spécialement ici en lumière. M. Cresp cherche à repousser la raison d'analogie qui se tire, en faveur de la *charte-partie*, de la disposition de l'article 282 relative au *connaissement*, en établissant entre ces deux titres la différence que l'on sait. Mais nous ne comprenons pas bien en quoi cela importe à la solution de la difficulté présente ; le connaissement a sans doute une importance supérieure à celle de la charte-partie, et revêt, par suite des nombreux intérêts qui s'y rattachent, un caractère public et international ; mais aussi la loi a-t-elle exigé qu'il fût fait en quadruple exemplaire ! Pa-

les *livres des parties*, moyens de preuve indiqués par l'art. 109 comme admissibles en matière commerciale (Pardessus, t. III, n° 708, p. 169 ; Massé, t. VI, n° 200, p. 207).

Voyons ce qui en est, et d'abord la *correspondance*.

Sans doute on peut contracter entre absents comme entre *présents* ; cela n'est pas inconnu au droit civil lui-même, et est surtout d'un fréquent et nécessaire usage dans le commerce.

Et la preuve des accords ainsi formés peut très-bien résulter des lettres échangées entre les parties. Si la lettre de l'une porte une proposition formelle, et que la réponse de l'autre porte une acceptation non moins formelle, le contrat sera prouvé par là-même.

L'acceptation, rapprochée de la proposition, consti-

---

reille nécessité n'existe pas, bien entendu, pour la charte-partie, dont l'exécution n'intéresse guère que le fréteur et l'affréteur ; mais on ne voit pas pourquoi, dans une limite plus restreinte, la loi n'aurait pas exigé également ici la pluralité d'exemplaires ; et l'exemple de ce qui se passe pour le connaissement, fournit au contraire en faveur de notre système un argument saisissant. En d'autres termes le raisonnement est celui-ci : pourquoi le législateur n'aurait pas fait ici en petit, ce qu'il a fait ailleurs en grand, puisqu'il y a même raison ? — En ce sens, et en sus des autorités rapportées *dict. loc.*, Dalloz, *ibid*, n° 804 ; Bédarride, n° 643 ; Marseille, 9 déc. 1840, 25 janv. et 22 juillet 1859 précités *(J. M.* 20, 1, 26). — Contr. de Fresquet, *Précis du cours de Droit commercial*, p. 102 et 103 ; Caumont, *op. cit.* v° *Affrétement*, n° 19.

tuera une sorte d'*acte* ; ce sera, peut-on dire, un acte en deux points (31).

Si donc un affrétement est positivement proposé par correspondance, et que cet affrétement et ses conditions soient agréés et consentis par la même voie, nous ne voyons pas de raison sérieuse pour ne pas admettre cette correspondance comme équivalent d'un acte que les parties auraient dressé et signé en présence l'une de l'autre (32).

Mais est-il possible d'étendre cela aux *livres* des parties, c'est-à-dire aux registres privés dont la tenue est prescrite à tout commerçant, pour qu'il y mentionne sommairement ses opérations journalières ?

---

(31) Voilà la véritable raison de décider ; la correspondance servira dans ce cas de mode de preuve, non pas en tant que *correspondance*, et par application de l'article 109, mais en tant que constituant l'*acte écrit*, prescrit par l'article 273, et remplissant toutes les conditions exigées par cet article.

(32) C'est du reste l'opinion générale ; *adde* en ce sens, Bédarride, n° 645 ; Alauzet. n° 1210 ; Caumont, *op.* et *loc. cit.* n° 17 ; de Fresquet, *ibid.* p. 101 et sq.; Bordeaux, 16 juin 1863 ; Aix, 20 juin 1867 ; Marseille, 6 fév. 1872 (*J. M.* 1864, 2, 159 ; 1868, 1, 104 ; 1872, 1, 87). La seule objection qu'on pourrait faire à ce système consiste dans l'absence de doubles, dont la formalité est, selon nous, essentielle. Mais la contradiction n'existe qu'en apparence ; et les lettres échangées, en constatant l'engagement réciproque des parties, ne constituent au fond que les doubles voulus par la loi.

Nous ne saurions l'admettre.

Il est vrai que l'art. 109 admet aussi les livres comme moyen de preuve entre négociants, mais il admet également la preuve par témoins, ou même par simples présomptions, et l'on conçoit que là où, comme ici, la loi a exigé une preuve par *écrit*, ni témoins ni présomptions ne sont admissibles (Pardessus, Massé, *ibid.*).

Or peut-on bien considérer comme équivalent d'un acte véritable, comme preuve écrite d'une convention d'affrétement, la mention qu'il plairait à telle ou telle partie d'en coucher ou faire coucher par un commis sur ses livres particuliers, intimes, en l'absence et sans la moindre participation de l'autre prétendu contractànt?

Ce n'est que dans un certain sens que les livres pourront servir à quelque chose en ces matières.

Ce serait le cas où la partie à qui l'on nierait la convention, déclarerait s'en rapporter aux livres de son adversaire, pourvu que toutefois cet adversaire fût négociant, et obligé comme tel à tenir des livres de commerce.

Pourquoi alors les livres pourront-ils influer sur la décision ? parce qu'alors on rentrerait dans l'*aveu*, toujours admissible comme preuve, qu'il soit fait verbalement ou par écrit.

Mais hors de là, toute puissance doit, selon nous, être

refusée aux livres, pour suppléer à l'acte public ou privé, requis en cette matière (33).

Maintenant supposons l'affrètement conclu régulièrement, au vœu de la loi, par acte public ou sous signature privée.

L'un des contractants, pour se dispenser de l'exécuter, ou pour l'exécuter autrement qu'il n'a été convenu, pourra-t-il dire et vouloir prouver par *témoins* ou par *présomptions*, que le contrat a été résolu d'un commun accord, ou que les conditions en ont été verbalement changées ou modifiées, qu'on en a retranché ou qu'on y a ajouté telle ou telle chose ?

Avant de répondre à cette question, qui a grand besoin d'être éclaircie, il convient ici de faire un retour momentané aux transports qui s'effectuent, non plus par mer, mais sur les routes ou sur les eaux intérieures.

Par le rapprochement et la comparaison, nous pour-

---

(33) Cette théorie si simple et si naturelle n'a pas prévalu, et les auteurs, se fondant sur ce que la règle de l'article 273 n'a été édictée que pour prohiber la preuve testimoniale, reconnaissent, d'une façon générale, même force probante aux *livres de commerce* et à la *correspondance*. Mais cette opinion, qui fait complètement abstraction du texte de loi, pour ne se tenir qu'à l'intention première qui a déterminé le législateur, nous paraît devoir être rejetée.

rons mieux comprendre et résoudre la difficulté, en ce qui concerne les transports maritimes.

Quand on confie à un entrepreneur ou commissionnaire, ou directement à un voiturier ou batelier, qui en fait sa profession, des marchandises à charger et à transporter, rien n'oblige à dresser de l'accord un écrit quelconque ; les deux parties, expéditeur et voiturier, pourront s'en remettre à leur foi réciproque.

Cependant il est naturel, prudent, utile, et généralement usité qu'on en dresse quelque écrit ou document qui énonce dans l'intérêt de l'expéditeur, les effets par lui remis, et dans l'intérêt du commissionnaire ou du voiturier, le prix du transport convenu.

Dans le commerce de terre, l'écrit le plus simple et le plus habituel en pareil cas, est ce que l'usage a dès longtemps appelé *lettre de voiture*.

Le Code de commerce, s'occupant, dans sa première partie, des transports intérieurs, et trouvant tout établi l'usage de l'écrit ainsi appelé, en a fait mention dans son art. 101 ; et dans l'article qui suit, il a indiqué les énonciations et les formes que la pratique y avait communément introduites.

Ce sont :

La date ;

La nature, le poids ou la contenance des objets à transporter ;

Le délai dans lequel le transport doit s'effectuer ;

Le nom et le domicile du commissionnaire (s'il en est un dont l'entremise soit employée) ;

Le nom du destinataire (celui à qui la marchandise est adressée) ;

Le nom et le domicile du voiturier ;

Le prix de la voiture (du transport à effectuer) ;

L'indemnité due pour cause de retard (dans l'exécution du transport) ;

La signature de l'expéditeur ou du commissionnaire (s'il y en a un).

Remarquez que dans tout cela il n'est nullement question du véhicule, voiture ou bateau, qui servira au transport. C'est l'affaire du voiturier seul ; l'expéditeur n'a pas à s'en mêler, cela reste en dehors du contrat.

Tandis qu'au contraire, vous l'avez vu, en matière d'affrétement, le navire fait partie intégrante des accords, et doit tout d'abord être individuellement indiqué dans la charte-partie.

Remarquez encore que la loi, pas plus que l'usage commercial, n'exige que la lettre de voiture soit faite en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, c'est-à-dire qu'elle soit faite double, si l'expéditeur traite directement avec un voiturier, qu'elle soit faite triple, si un entrepreneur de transport est employé comme intermédiaire ; exigence qui pourtant semble ici naturelle, utile, nécessaire même pour l'exécution, puisque l'écrit doit servir de preuve et de titre à la fois pour l'expéditeur, pour le voiturier et pour le commissionnaire (Observation de Vincens, t. I, p. 622).

Elle s'en réfère donc à la règle générale, admise en matière de commerce, que les actes sous seing privé,

bien que synallagmatiques, n'ont pas besoin d'être faits doubles, à moins que par une exception expresse (comme pour les *sociétés*) elle n'ait prescrit pour la validité de l'acte, sa rédaction en double original.

Or, ici point d'exception pareille (Pardessus, t. II, n° 540; Bravard, p. 168, Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Commission*, n° 315) (34).

Et bien plus non-seulement la loi se contente d'un seul original, mais elle n'exige pas même qu'il soit signé des deux ou trois parties qui s'obligent réciproquement.

Elle ne prescrit qu'une seule signature, celle de l'expéditeur ou celle du commissionnaire, s'il y en a un; en sorte que sur trois parties deux (l'expéditeur et le voiturier) se trouvent obligées par un titre qu'ils n'ont pas souscrit, tandis qu'il est de principe général et incontesté que la signature est indispensable pour toute obligation sous forme privée (35).

---

(34) Pour nous, qui sommes sur ce point d'un avis contraire à M. Cresp, l'explication est tout aussi simple, quoique différente de la sienne; si la loi n'a point prévu ici la formalité des doubles, c'est parce qu'elle n'a pas fait de l'écrit une condition essentielle, non seulement de l'existence, mais même de la preuve du contrat; cela concorde donc très-bien avec la distinction proposée t. I, p. 261 et sq.

(35) Nous avons déjà indiqué qu'un fait analogue se produisait en matière d'assurance, en ce qui concerne l'assuré.

Quelle est, entre les parties, la force d'un écrit ainsi conçu ?

L'art. 101 du Code dit que la *lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.*

Forme un contrat ! Mauvaise et fausse locution, échappée au législateur, en dépit des plus simples notions du droit.

Autre chose est le *contrat*, autre chose l'*écrit* qui en est dressé.

L'acte, simple instrument, ne *forme* pas le contrat ; il le suppose et le constate, il en est le moyen de preuve ou d'exécution.

Il n'en est pas autrement de la lettre de voiture, elle n'est que la preuve et le moyen d'exécution de la convention de transport qu'elle présuppose.

Et c'est en ce sens qu'il faut rectifier l'impropre et louche expression de l'art. 101.

C'est pourtant cette malheureuse locution qui, bien que blamée par tous les auteurs (36), a entraîné certains d'entre eux à professer qu'aucune preuve, et celle par témoins moins que toute autre, n'est admissible contre les énonciations d'une *lettre de voiture* (37).

---

(36) Voy. entre autres Vincens, t. II, p. 622 ; Bravard, p. 166 ; Dalloz, *ibid.* v° *Commissionnaire,* n° 309.

(37) Pardessus, t. II, n° 539, p. 446 ; Massé, t. VI, n° 213 ; Bravard, p. 168.

Mais ces auteurs se mettent là en contradiction avec toutes les règles et avec leur propre doctrine.

1° Règle reconnue par tous, qu'en matière de commerce, toutes les conventions peuvent en général être établies par toutes sortes de preuves, même par témoins. Il n'y a à cela qu'une exception, c'est si la loi a, pour tel contrat spécialement, exigé formellement une preuve par écrit.

2° Règle également reconnue par tous, qu'en ces matières, on peut aussi généralement prouver, même par témoins, contre et outre le contenu aux actes.

La seule exception est encore, si la loi a expressément exigé, pour constater telle convention, une rédaction par écrit ; la preuve *contraire* devrait alors être de même nature que la preuve *directe*, c'est-à-dire comme celle-ci être littérale.

Or qu'en est-il de la convention par voie intérieure ? Reste-t-elle sous la règle générale, ou tombe-t-elle dans l'exception ?

Pour qu'elle fût dans l'exception, il faudrait que la loi eût dit qu'elle ne pourrait se prouver que par écrit, et elle n'a rien dit de pareil.

Elle a bien parlé de la lettre de voiture et des énonciations qu'il convenait d'y insérer.

Mais en cela elle n'a fait que rappeler et sanctionner un moyen de preuve et d'exécution que dans l'usage on employait *assez ordinairement*, dit Pardessus (n° 538) *le plus fréquemment*, ajoute Bravard (n° 166).

Rien n'indique d'ailleurs qu'elle ait entendu faire

d'un acte pareil ni de tout autre acte, un moyen de preuve exclusif.

Parmi les auteurs, il n'en est pas un seul qui lui ait prêté cette intention. Tous admettent au contraire, sans difficulté, que pour prouver la convention, une *lettre de voiture* n'est nullement nécessaire, qu'on peut très-bien la prouver de tout autre manière, soit par tout autre document, quelque informe qu'il soit, facture, note, bulletin, soit par témoins ou par présomptions (38).

Et voyez à ce sujet jusqu'où va M. Pardessus (n° 540). Il fait naître et ressortir un contrat de transport de ce seul fait qu'une marchandise a été remise à un voiturier.

Cette présomption semble naturelle et admissible; s'agissant d'un entrepreneur de transport ou d'un voiturier de profession, dans quel but la marchandise a-t-elle pu lui être remise et être par lui reçue, si ce n'est dans celui d'en opérer le transport?

Bien, si le fait de la remise est avoué, mais s'il est dénié?

---

(38) Cette opinion est générale; voy. notamment Pardessus, t. II, n°s 539 et 540; Vincens, t. I, p. 622; Bravard, p. 166; Massé, t. VI, n° 213; Gilbert, *Codes annotés*, sur l'art. 102; Dalloz, *loc. cit.*, Alauzet, t. I, n° 478; Nîmes, 11 août 1831 (Dalloz, *ibid.* n° 209, —*S.* 35, 1, 817); Cass. 18 juin 1833 (*ibid.* 33, 1, 705); trib. com. de la Seine, 2 mars 1854 (*J. M.* 32, 2, 57); arg. Cass, 5 mai 1873 (*J. P.* 1874, 123)

C. II —

L'auteur répond : *la remise des marchandises étant un fait de commerce et un dépôt nécessaire* (art. 632 Cod. com., art. 1348 et 1950 Cod. civ.) *se justifie par témoins ou par tout autre genre de preuves.*

Soit, mais le contrat présumé qu'on assied sur cette base, quelles en seront les conditions ?

Dans ce cas, répond Pardessus, *les tribunaux décident d'après les circonstances et l'usage des lieux, quelles doivent être les conditions du transport* (39).

Mais s'il en est ainsi, si d'après la doctrine et la jurisprudence il faut, en cette matière, admettre d'une manière aussi large, aussi indéfinie les *présomptions* et la *preuve testimoniale,* pourquoi donc tous ces mêmes genres de preuve ne seront-ils pas admissibles contre et outre le contenu de la lettre de voiture qu'on aurait dressée ?

---

(39) M. Massé (t. VI n° 201) admet aussi cette preuve indéfinie du fait de la remise, en l'appliquant même, ce qui est plus difficulteux, aux transports maritimes.

Il est vrai que d'autres auteurs ont soutenu que la remise des effets acceptée par le voiturier, et la convention de transport qu'elle suppose, ne pouvaient être établies par la preuve testimoniale pure et simple ; *sic* Duranton, t. XIII, p. 309 et 314, et t. XVII, p. 243 et sq.; Duvergier, *du Louage*, t. XIX et sq.; Troplong, *Louage*, t. III, p. 144 et sq.; Dalloz, *loc cit.*, n°s 319 et sq.

Mais ces auteurs ne disent cela qu'en matière de transports purement civils, c'est-à-dire s'il s'agit de faits accidentels, rares, isolés, fortuits, et non d'actes fréquents, habituels, faits par

N'est-ce pas là une règle incontestée, en général pour tous les contrats commerciaux, susceptibles d'être prouvés par témoins, et celui-ci n'est-il pas de ce nombre, de l'aveu de tout le monde ?

Comment expliquer que, se démentant eux-mêmes, des auteurs veuillent pourtant interdire de prouver par témoins contre la lettre de voiture, ou ne le permettent que sous les conditions qu'impose la loi civile, c'est-à-dire qu'autant que l'acte est attaqué pour cause de fraude, ou qu'on invoque contre sa teneur un commencement de preuve par écrit ?

On se demande quel motif particulier, exorbitant, ces auteurs ont pu avoir pour déroger ici à leurs propres principes.

La lettre de voiture est-elle donc un acte *hors ligne*, qui se distingue de tous les autres, qui doive avoir plus de force et être plus inattaquable que tout autre ?

---

profession, entreprise ou commission, déclarés commerciaux par l'article 632 du Code de Commerce.

Aussi Troplong (p. 140 et sq.) excepte-t-il de sa décision les transports commerciaux.

Et Dalloz (n[os] 309 et sq.) insiste sur les distinctions, et admet parfaitement qu'en commerce le contrat résulte de la remise acceptée, et que ceci peut se prouver par témoins (*Note de M. Cresp*). Il y a là en effet une présomption de fait, qui, comme toutes les présomptions de fait, peut être combattue par la preuve contraire, mais qui jusque là constitue à elle seule, et en vertu des principes (art. 109 Cod. Com. et 1353 Cod. Civ. cbn.) une justification suffisante du contrat.

On convient que commercialement on peut attaquer et atteindre par présomptions ou par témoins tous actes quelconques, même les plus réguliers et les plus dignes de confiance, même des actes authentiques, même les actes sous seing privé, fait doubles et signés des deux contractants.

Et l'on mettrait au-dessus de tels actes une *lettre de voiture*, c'est-à-dire un acte dont l'unique original n'est signé que par une partie, sur deux ou trois obligés qui y figurent (40)!

Et voyez quelle est ici l'inconséquence de Pardessus et consorts :

Tout en professant que la règle qui défend, en matière civile, toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, est généralement inapplicable aux matières commerciales, il leur plaît néanmoins, à propos de la lettre de voiture, d'invoquer cette règle, mais en la scindant, et n'en prenant qu'une partie.

Ils la prennent et l'appliquent en ce qu'elle prohibe de prouver *contre* le contenu de l'acte ; mais ils la laissent entièrement à l'écart, la rejettent, en ce qu'elle prohibe de prouver *outre* le contenu de l'acte.

Et en effet ils enseignent que, peu importe qu'une

---

(40) Aussi Dalloz, se séparant sur ce point de Pardessus, dit-il (n° 317) que c'est accorder à une telle pièce une faveur trop grande, et qu'il est difficile de refuser, en certaines circonstances, la preuve que les énonciations en sont erronées ou mensongères (*Note de M. Cresp*).

lettre de voiture ne contienne pas toutes les énonciations légales, qu'il y manque même des conditions essentielles au contrat : l'omission, quelle qu'elle soit, peut être réparée et suppléée par d'*autres moyens de preuve* (Bravard, p. 168) ; elle peut l'être, *soit par l'usage, soit par une expertise* (Pardessus, n° 539) ; le tout enfin *est laissé à l'arbitrage du juge* (Delvincourt, t. II, p. 85 (41).

Il y a là, bien évidemment, inconséquence et contradiction.

Et, pour rester dans les termes du droit et de la logique, il faut dire et maintenir que la règle de la loi civile doit rester ici absolument étrangère, aussi bien lorsqu'il s'agit de prouver contre l'acte, que lorsqu'il s'agit de prouver outre son contenu ; qu'en un mot il est également permis de prouver contre et outre d'une lettre de voiture (42).

---

(41) *Sic* aussi Alauzet, t. I, n° 477 ; Massé, t. IV, p. 423, n° 2576. — Ce dernier auteur, enchérissant même sur son idée, assimile sous ce rapport le *connaissement* à la *lettre de voiture*, et exclut aussi à son égard, la preuve contraire, testimoniale ou autre. Or c'est-là une erreur complète, comme le prouve la combinaison des articles 283, 383 et 384 du Code de Commerce.

(42) Cette solution n'est pas sérieusement contestable, en dépit des dissidences qui se sont produites ; et une fois le principe adopté, qu'en matière commerciale, et en dehors des cas où la loi exige spécialement un écrit, on peut prouver contre et

Ce point éclairci, revenons, il en est temps, à nos transports maritimes, à l'*affrétement* ou *charte-partie* qui en est dressée.

Pourrait-on de même prouver par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'*acte d'affrétement*, c'est-à-dire que les accords qu'il constate ont été annulés ou changés, qu'on y en a substitué ou ajouté d'autres ?

Non, aucune dérogation, substitution ou addition ne peut, par les mêmes moyens, y être proposée ni admise.

Pourquoi cette solution tout opposée à la précédente ?

La raison en est (nous l'avons déjà dit ou indiqué) dans la différence à faire entre les conventions pour lesquelles la loi commerciale n'exige formellement aucune écriture, et les conventions pour lesquelles elle fait de l'écriture une obligation expresse.

S'il s'agit d'une des premières, et, par exemple, d'un contrat de transport terrestre, les parties sont libres de contracter verbalement, et, en cas de dénégation, elles peuvent recourir à tous les genres de preuve possibles.

Et si, bien que libres de ne rien écrire, elles ont pourtant dressé un écrit ou document quelconque,

---

outre le contenu aux actes, on ne voit pas pourquoi on n'en aurait pas fait application au transport ordinaire. Voy. en ce sens Delamarre et Lepoitvin, t. I, p. 310, n° 193 ; Pouget, *Transp. par terre et par mer*, t. II, n° 159 ; Cass., 6 avril 1869 *(D. P.* 1869, 1, 412) et la note.

lettres de voiture, *factures* ou autres, elles l'ont fait de leur plein gré, tout volontairement, et pour ainsi dire, surabondamment.

Mais dès lors, s'il leur plaît, entre elles, de changer ou modifier leurs accords, ou d'y ajouter tel ou tel accord nouveau, qui pourrait les en empêcher ? et si l'une d'elles veut nier ces changements ou additions convenues, pourquoi l'autre ne pourrait-elle pas en justifier par tous les genres de preuve ?

Pour la convention même, dans ses conditions primitives, on pouvait très-bien se passer de tout écrit, la prouver, si elle était niée, par témoins ou par présomption, et ces mêmes preuves seraient interdites lorsqu'il s'agirait seulement d'y changer ou ajouter quelque chose !

Mais lorsqu'au contraire, il s'agit d'une de ces conventions auxquelles la loi du commerce elle-même a, par exception à sa règle ordinaire, imposé une rédaction et une preuve par écrit, elle a par cela même imposé le même genre de preuve pour dissoudre la convention, pour la modifier, l'étendre ou la restreindre : à l'acte légalement obligé comme *preuve littérale*, il n'est possible de déroger que par une *preuve littérale*. Autrement il serait trop facile d'éluder les prescriptions de la loi.

Or il en est ainsi de l'*affrètement* ou *charte-partie*, pour qui l'écriture est ordonnée.

Doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître

que contre et outre un tel acte, on ne peut prouver par témoins ou par présomptions.

C'est ce qu'avaient déjà professé les commentateurs de l'ancienne Ordonnance, et Valin principalement (premier commentateur p. 184, et Valin, t. I, p. 619).

Et c'est depuis le Code ce qu'a jugé le tribunal de commerce de Marseille, dans une espèce où l'on voulait prouver par les *circonstances* (c'est-à-dire par simples présomptions) la prétendue résolution d'une charte-partie (6 avril 1825, *J. M.* 6, 1 92).

Le même tribunal a jugé plus récemment qu'on ne pouvait prouver par témoins de prétendus accords qui auraient changé ou modifié les conditions d'un acte d'affrétement (7 août 1855, *ibid.* 34, 1, 31).

Des décisions semblables ont été rendues ailleurs ; et par exemple nous voyons un arrêt de la Cour de Rouen juger, plus récemment encore, que la dérogation aux clauses d'une charte-partie ne peut, comme l'affrétement lui-même, être prouvée que par écrit (20 juin 1859 ; *ibid.* 1860, 2, 154) (43).

---

(43) *Add.* Bordeaux, 16 juin 1863 ; Marseille, 7 avril 1873 (*J. M.* 1864, 2, 159 ; 1873, 1, 187), et, en ce qui concerne la doctrine, Caumont, *loc. cit.* n° 18 § 4.

Disons en terminant que toute cette théorie sur la nécessité de l'écriture comme mode de preuve en matière d'affrétement serait inapplicable : 1° à la petite navigation ; 2° au transport des personnes. Nous avons sommairement indiqué *supra* note 12, les raisons qui nous paraissent militer en faveur de cette

De tout ce que nous avons vu résulte bien qu'en principe (et sauf l'aveu ou le serment), pour qu'il y ait affrètement obligatoire, il faut qu'un acte constate par écrit le concours et le consentement réciproque des parties.

Mais ne peut-on pas se demander si, à défaut de charte-partie proprement dite, c'est-à-dire d'un acte exprès et positif d'affrètement, il est possible ou non que quelque autre acte vienne y suppléer et en tenir lieu.

Eh bien! oui, il existe un acte équivalent et, même par le fait, plus qu'équivalent à la charte-partie.

C'est celui qui était anciennement, et est quelquefois

---

solution, en ce qui concerne le premier de ces deux points. Le doute est cependant permis, car en somme la loi ne contient pas de réserve, et du moment qu'il est admis que c'est là un affrètement, l'application de la règle de l'article 273 s'ensuit, ce semble, de droit. Nous croyons cependant devoir maintenir notre opinion première. Il ressort de tous les textes du Code de Commerce relatifs à notre matière, que le législateur a eu en vue sinon uniquement, au moins spécialement, la grande navigation (voy. entre autres les art. 273, 276, 279, 296, 299, etc.) Son intention n'est pas douteuse. Ce n'est pas, il est vrai, une raison pour écarter ici en bloc et d'un trait de plume tout le système de la loi. On comprend très-bien cependant qu'il y ait sous ce rapport du plus ou du moins, et qu'on puisse sur un point donné, en s'inspirant de l'esprit qui a dicté telle ou telle disposition, se refuser à l'application de la règle, alors surtout qu'elle est en opposition avec les nécessités pratiques. Nous

encore appelé *police de chargement*, mais qui plus habituellement, de nos jours est (nous avons déjà en passant prononcé ce nom) qualifié de *connaissement*.

Qu'est-ce donc précisément que l'acte ou document ainsi dénommé?

Notre Code en donne une première idée dans son art. 222, en disant que le connaissement est *une reconnaissance que fournit le capitaine des marchandises dont il se charge et dont il est responsable.*

Cela est mieux expliqué et réglé en même temps, au titre spécial qu'à l'exemple de l'Ordonnance de 1681,

---

avons déjà admis ce résultat, en ce qui concerne le choix et la désignation du véhicule, destiné à effectuer le transport ; la solution nous paraît devoir être la même, pour la question de preuve, et d'une façon plus précise, la nécessité d'un écrit. C'est du reste ce qui est généralement admis ; voy. Caumont *loc. cit.* nos 14, 15 et 16, et les décisions rapportées par lui.

Le second point nous paraît beaucoup moins susceptible de controverse, et le contrat qui se forme entre le passager et le capitaine, ou tel autre pour lui, bien que constituant un contrat de transport, n'a rien de l'affrétement; il est resté complétement en dehors des prévisions comme de la règlementation de la loi. Ce n'est donc ici encore que par voie d'analogie qu'on pourrait appliquer telle ou telle disposition du Code, et sous la condition qu'elle ne serait pas marquée à un coin de spécialité évidente. Or cette spécialité, au point de vue qui nous occupe, nous paraît ressortir de tous les termes de l'article 273 lui-même. Nous retrouverons du reste la question sur des points, où la solution est beaucoup plus délicate.

ce Code a consacré à un acte qui, de tout temps et par tout pays, a joué et joue un si grand rôle dans les coutumes et les législations maritimes.

Nous n'avons pas en ce moment à entrer dans l'examen et l'explication détaillée de toutes les conditions légales qui, fidèlement remplies, font de cet acte un si puissant instrument de crédit et de circulation, et lui donnent un si haut degré de confiance et de certitude, soit dans l'intérêt privé, soit dans l'intérêt universel (44).

Bornons-nous à considérer le connaissement dans ses rapports avec notre objet actuel, qui est de savoir s'il est capable de suppléer, et même au-delà, à la charte-partie qui ferait défaut ou qui serait imparfaite.

L'art. 281 du Code est ainsi conçu :

Le connaissement doit exprimer la nature et la quantité, ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter.

Il indique :

Le nom du chargeur,

Le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite.

Le nom et le domicile du capitaine,

Le nom et le tonnage du navire,

Le lieu de départ et celui de la destination,

Il énonce le prix du fret,

---

(44) Par suite de la regrettable lacune que présente encore le texte, en ce qui touche notre matière, nous examinerons nous-même ce point ci-après, aux *effets du contrat d'affrètement.*

Il présente en marge les marques et numéros des objets à transporter, etc.

Voilà ce que, dans son contexte, doit présenter tout connaissement ; à quoi l'art. 282 ajoute expressément la *signature* du chargeur (affréteur) et celle du capitaine (fréteur) sur chacun des exemplaires à dresser de ce titre, qui a force légale à l'égard de plusieurs personnes, et qui d'ailleurs intéresse la police générale des mers.

Que l'on compare maintenant les énonciations légales prescrites du *connaissement* avec celles que la loi a déjà exigées pour la *charte-partie*, et l'on y reconnaîtra une ressemblance, ou plutôt une identité complète. Quelques mots peuvent différer dans les deux formules ; mais au fond les mêmes mentions essentielles se retrouvent dans l'une et dans l'autre.

Puisqu'il en est ainsi, voilà une charte-partie incluse dans tout connaissement régulier.

Ce dernier titre contenant l'autre, si la charte-partie a fait quelque omission, ou mieux si elle a été entièrement omise, le connaissement vient ou la compléter ou la remplacer entièrement.

Il y a plus, et non-seulement ce titre équivaut à la charte-partie la plus régulière, mais il vaut et prouve même bien au-delà.

En effet, que résulte-t-il de la charte-partie prise à part et en elle-même ?

Elle prouve seulement que le chargeur a promis au fréteur de mettre à son bord telles quantité et qualité de

marchandises, et que de son côté le capitaine ou fréteur a promis au chargeur de recevoir sur son navire les mêmes quantité et qualité de marchandises.

Ce n'est donc là qu'une promesse réciproque, qu'il reste à accomplir, et tant qu'il n'y a que charte-partie, rien ne prouve que l'accord ait reçu son exécution.

Le connaissement qui intervient fait plus encore ; non-seulement il constate que l'engagement a lieu, mais il justifie qu'en fait il s'est exécuté par le chargement effectif, par la réception effective.

C'est ce que Valin a relevé et exprimé avec force (t. I, p. 681, 633) dans le titre correspondant de l'Ordonnance.

La même observation se retrouve dans Emérigon (t. I, p. 311) et dans les auteurs modernes qui ont suivi ces anciens et illustres guides (45).

De là il est arrivé que, dans la pratique, le commerce pour ses expéditions, s'est souvent dispensé de dresser une charte-partie ; il s'est reposé, pour en tenir lieu

---

(45) Voy. entre autres Locré, t. III, p. 215 ; Alauzet, t. III, n° 1210 ; Bédarride, n° 645 ; de Fresquet, p. 103 ; Caumont, *op.* et *loc. cit. passim*. — Ces diverses propositions du reste, ainsi que les raisons à l'appui, sont universellement acceptées. Il s'ensuit que la question de la nécessité d'un écrit, en ce qui concerne la preuve du contrat d'affrétement, ne peut se poser, qu'autant que les parties n'en sont pas encore venues à exécution. En ce sens, Marseille, 6 juin 1838 (*J. M.* 18, 1. 157) ; cpr aussi même tribunal, 31 août 1870 (*ibid.* 1870, 1, 269).

avec avantage, sur le *connaissement*, c'est-à-dire sur une pièce qui doit expressément être dressée pour tout chargement effectué; pièce à laquelle la loi attache une telle force, qu'elle fait foi, non-seulement entre les parties directes qui signent, mais à l'égard des intéressés qui n'y figurent pas, et même des tiers qui y sont le plus étrangers; pièce enfin qui, ayant un caractère officiel, public et même international, fait partie obligée des pièces que tout capitaine, quel que soit son pavillon, doit avoir à bord et être en état de représenter partout où il touche et à tout visiteur en mer (46).

Supposons maintenant qu'un écrit ait été dressé avec toutes les conditions extrinsèques que la loi a exigées; de quelles énonciations devra-t-il se composer ? Le législateur ne pouvait, sous peine d'ouvrir la porte à toute espèce de malentendus ou de

---

(46) Après ces dernières lignes, le texte clot malheureusement sur l'observation suivante : « Ici doivent s'arrêter nos explications en matière d'affrétement, non qu'il n'y eût encore beaucoup à en dire, car l'exécution de cet acte et des promesses qu'il contient, n'est pas toute, il s'en faut, dans la mise à bord de la marchandise dont il y est question.

Il faut encore (et c'est le but du contrat) que la marchandise embarquée se mette en voyage, soit transportée à la destination convenue, et qu'arrivée elle acquitte le fret ou loyer de son transport.

Or, à raison de tout cela, l'affrétement prend un caractère aléatoire, c'est-à-dire que les droits et obligations qui en nais-

fraudes, abandonner entièrement ceci à la libre convention des parties; dans l'intérêt de la sécurité des transactions maritimes, il y avait des points essentiels qu'il fallait tout d'abord fixer. L'Ordonnance de la marine l'avait déjà ainsi compris et pratiqué par son article 3 du titre des *chartes-parties*, et notre Code de Commerce n'a fait que reproduire à la fois le système et la

---

sent, peuvent varier, se réduire ou s'éteindre en tout ou en partie, selon les chances du trajet à accomplir sur mer. Le sort du contrat même est attaché aux risques de la navigation.

Mais pour l'apprécier sous tous ces rapports, combien de notions qui nous manquent, et qu'il nous faut préalablement acquérir ?

Les risques mentionnés, et leur influence sur les contrats du commerce forment une théorie aussi vaste que savante, qui se lie plus essentiellement et plus étroitement à deux contrats dont ces risques sont l'objet et la matière même, et auxquels d'ailleurs le temps nous presse enfin d'arriver : « la *convention de grosse* et *celle d'assurance.* »

Sans nier ce que cette réflexion a de juste et de fondé, il est évident que nous ne pouvons nous y tenir ; l'étude des risques maritimes est intéressante au point de vue de l'*affrétement*, comme à celui du *prêt à la grosse* et de *l'assurance.* En dehors du reste de ce point de vue, il y a ici des règles spéciales, tenant au contrat lui-même, qu'il faut absolument connaître. Nous allons donc entrer nous-mêmes dans le détail de ces règles, en transportant à cette matière les divisions déjà suivies, en ce qui concerne les *engagements des matelots et autres gens de mer*, auxquels s'applique également d'ailleurs l'observation ci-dessus, et qui présentent avec notre sujet actuel la plus grande analogie de règles et de situations.

disposition de l'Ordonnance, avec certains changements de rédaction que nous allons voir.

Quoi qu'il en soit, d'après l'article 273, règlementaire sur ce point, la charte-partie doit énoncer :

§ I. *Le nom et le tonnage du navire.* — La nécessité et l'importance générales de cette mention n'ont pas besoin d'être établies, le navire constituant l'objet premier, sinon unique, du contrat d'affrétement, et il nous suffira sous ce rapport de renvoyer aux explications si nettes et si catégoriques qui ont été présentées *supra* p. 6 et sq., texte et note 12.

La charte-partie doit donc énoncer tout d'abord *le nom* du navire ; c'est en effet le premier et indispensable moyen de le déterminer ; on y joint ordinairement les autres indications nécessaires dont il est parlé t. 1, p. 60 et sq.

Elle énonce en plus le *tonnage*, c'est-à-dire la contenance ou le port. Cette mention est encore essentielle à un triple point de vue : 1° elle contribue avec le *nom*, à établir l'identité ou l'individualité du navire ; 2° elle en détermine en plus pour l'affréteur la véritable contenance, c'est-à-dire qu'elle donne la mesure exacte des quantités à charger ; 3° elle sert enfin à fixer le fret, lorsque celui-ci est convenu à tant le quintal ou le tonneau, ou les dommages-intérêts (*surestaries*) en cas de retard dans le chargement et le déchargement de la marchandise.

Qu'arriverait-il si le capitaine avait fait une fausse déclaration, et attribué à son navire une plus grande portée que celle qu'il a réellement (*) ? La loi a prévu le cas (art. 289) et décidé

(*) Il va sans dire que si le capitaine s'était trompé en moins, ce serait tant pis pour lui, et il ne pourrait en principe exiger que l'affréteur chargeât une quantité plus forte que celle qui a été convenue ; *sic* Marseille 23 sept. 1826 (*J. M.* 16, 1, 99). Mais si par le fait ce chargement avait eu lieu, l'excédant de fret serait dû, car *nemo alterius detrimento locupletari debet.*

que le capitaine serait *tenu de tous dommages-intérêts envers l'affréteur*. La disposition se comprend d'elle-même et n'a pas besoin d'explication ; que le capitaine ait agi sciemment ou non, il y a eu tout au moins de sa part faute ; il se trouve dès lors forcément responsable. Le délicat est seulement de savoir dans quel cas il y a fausse déclaration, et quelles sont au juste les conséquences que la loi a attachées à la fausse déclaration.

Sur le premier point, le législateur a pris soin d'indiquer une limite, en deçà de laquelle il ne peut y avoir erreur véritable, et par suite fausse déclaration. L'article 290 porte en effet : *n'est réputé y avoir erreur en la déclaration du tonnage d'un navire, si l'erreur n'excède un quarantième, ou si la déclaration est conforme au certificat de jauge*. Nous avons déjà indiqué précédemment (t. I, p. 62. note 13) la raison de cette disposition ; il était impossible du reste, sans entraver à chaque instant la vie commerciale, de ne pas tenir un certain compte de la faillibilité humaine, et le législateur, ainsi que le remarque judicieusement Valin (t. I, p. 644) n'a fait ici que ce qu'il avait déjà fait ailleurs (art. 1619 et 1765 Cod. Civ.), en innocentant certaines fautes, *quas humana parùm cavit natura* ; voy. Marseille, 5 janv. 1830, 29 mars 1855, 12 mai 1874 *(J. M.* 11, 1. 222 ; 33. 1, 129 ; 1874, 1, 191); cpr aussi Bordeaux, 29 août 1835 (*ibid.* 5, 2, 174).

A fortiori en serait-il ainsi, et la fausse déclaration serait-elle de nulle conséquence : 1° si l'affrétement avait eu lieu en bloc pour une somme fixée à forfait ; *sic* Bordeaux, (trib. com.) 28 nov. 1848 ; Marseille, 5 mars 1863 ; Aix, 18 janv. 1871 *(ibid.* 28, 2, 27 ; 1863, 1, 85 ; 1871, 1, 147). Il se produit ici quelque chose d'analogue à ce qui se passe en matière de vente, lorsque le contrat est fait à tant la mesure. Mais encore faut-il que la fausse déclaration ne soit pas intentionnelle, car la fraude fait exception à tous les principes ; 2° si le navire

avait été d'une façon générale affrété pour ce qu'il peut porter ou contenir, dans ce cas la déclaration n'aurait d'autre but que de renseigner l'affréteur sur ce qu'il peut charger, mais sans impliquer de la part du capitaine aucun engagement à cet égard ; *sic* Marseille, 3 avril 1854 et 11 nov. 1863 (*ibid*. 32, 1, 117, et 1863, 1, 334).

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, le capitaine est de plein droit responsable ; et l'on devrait sous ce rapport assimiler à la fausse déclaration proprement dite, l'engagement de recevoir une quantité de marchandises supérieure au port déclaré. Le résultat serait en effet le même pour l'affréteur ; quant à la faute du capitaine, elle existe également, *le maître,* comme dit Valin (t. I, p. 643) *devant s'imputer de n'avoir pas bien combiné la quantité des effets qu'il promettait de prendre sur son navire avec la capacité qu'il avait donnée* (*). Nous ne nous dissimulons pas cependant ce que cette solution, a, pratiquement parlant, de dur ; la fausse déclaration constitue de la part du capitaine une faute caractérisée, une faute sans excuse ; l'engagement de charger une quantité supérieure au port déclaré, peut être dû à une inadvertance, à un oubli de la nature et du volume particulier de la marchandise. Elle doit être maintenue cependant, du moins en principe, et sauf atténuation selon les circonstances, car le capitaine, comme tous les hommes spéciaux, *spondet peritiam artis*. Il ne peut faire disparaître cette responsabilité, qu'en recourant à la clause de

(*) Un jugement de Marseille du 5 mars 1832 (*J. M.*, 13, 1, 158) semblerait d'abord contraire à cette doctrine ; mais il est à remarquer que dans l'espèce le chargeur, tout en désignant d'une façon générale les quantités de marchandises à transporter n'avait pas déterminé exactement le nombre de caisses ou de colis dans lesquelles se distribuait le chargement, ce qui avait pu amener une erreur involontaire chez le capitaine.

non-garantie ci-dessus visée ; c'est pour cette hypothèse en effet, plutôt que pour celle d'une fausse déclaration proprement dite, que la convention dont s'agit a sa raison d'être, et qu'elle se trouve en fait pratiquée.

En ce qui concerne les conséquences de la fausse déclaration, la question est beaucoup moins délicate ; la loi se bornant à dire en ce cas que le capitaine *est tenu des dommages envers l'affréteur*, renvoie implicitement au droit commun pour tout ce qui a trait à l'étendue des dommages-intérêts et aux suites qui doivent y être comprises. Il faudrait donc repousser la doctrine, soit des *lois Rhodiennes*, soit du *Consulat de la mer*, qui limitaient arbitrairement l'indemnité à une diminution proportionnelle du fret, ou d'une façon générale à la moitié du nolis stipulé. La solution ci-dessus, déjà soutenue autrefois par Valin et Pothier (Valin, *loc. cit.*, Pothier, *Charte-Part.*, n° 43) doit d'autant plus servir de règle aujourd'hui, qu'à la différence de l'ancien Droit, où les maximes sur les dommages-intérêts n'étaient pas écrites, et ne consistaient qu'en des pratiques adoptées par interprétation de certaines lois romaines, ces maximes ont aujourd'hui la précision et l'autorité d'un texte de loi, et doivent dès lors, à défaut de dérogation spéciale, recevoir leur application. En ce sens tous les auteurs et surtout Locré, qui traite très-longuement la question (t. III, p. 251 et sq); voy. aussi Marseille, 7 fév. 1842 et 12 janv. 1846 *(J, M.* 21, 1, 142 et 25, 1, 190).

2° *Le nom du capitaine.* — Cette énonciation a encore un triple objet : 1° elle contribue, avec l'indication du nom et du tonnage du navire, à déterminer ou individualiser l'instrument de transport (cpr. t. I, p. 60 et sq.); 2° elle désigne le plus souvent l'une des parties contractantes, car ainsi qu'il a été observé

ci-dessus, p. 4, c'est le capitaine qui joue ordinairement le rôle de fréteur (*); 3° elle fixe l'une des conditions les plus importantes du contrat, lorsque celui-ci, ainsi que cela se présentera souvent, aura été fait *intuitu personæ*, c'est-à-dire en considération de la personne de tel ou tel capitaine déterminé (**).

Les conséquences de la fausse déclaration devraient donc être distributivement appréciées à ce triple point de vue, et le contrat en serait oui ou non nul, des dommages-intérêts seraient oui ou non dus, suivant que la désignation du capitaine aurait eu l'un ou l'autre des divers buts que nous venons d'indiquer.

3° *Les noms du fréteur et de l'affréteur.* — Cette désignation est essentielle, car ce sont là les deux parties contractantes. Une difficulté s'est cependant présentée quant au *fréteur*. Il n'est pas douteux que lorsque c'est le capitaine lui-même qui frète le navire, l'indication de son nom ne soit nécessaire, non pas seulement en tant que capitaine, mais en tant que fréteur; l'observation en a été faite ci-dessus. Mais le nom du propriétaire ou armateur est-il également indispensable ? La question revient à se demander si le propriétaire est fréteur dans ce cas.

(*) Nous devons remarquer toutefois, que ce n'est pas dans ce but que la loi a exigé en principe la mention du nom du capitaine, car l'art. 273 porte immédiatement après *les noms du fréteur et de l'affréteur*. Ce ne sera donc que dans le cas où la même personne réunira la double qualité de capitaine et de fréteur, que cette seconde énonciation lui sera applicable aussi bien que la troisième.

(**) Nous avons déjà précisé le sens et la portée de cette mention en ce qui concerne la faculté de congédiement accordée au propriétaire (t. 1, p. 471). Assez ordinairement, à l'effet d'éviter des difficultés sur ce point, on ajoute après l'indication du nom du capitaine, la clause . *ou tout autre pour lui* Mais cette addition, qui a son utilité par le seul fait qu'elle donne une plus grande précision aux accords des parties, n'est pas indispensable, et son omission ne porterait aucune atteinte à un droit, qui résulte pour le propriétaire de la nature même de son contrat avec le capitaine, et auquel il ne pourrait pas lui-même renoncer. Voy. t. 1, p. 649 et sq., cpr. Bédarride n° 649.

Or, il est bien certain qu'il ne l'est pas, ou s'il l'est, il l'est dans la personne de son capitaine, ce qui est tout un ; il suffira donc d'indiquer le nom de celui-ci, comme il suffit d'indiquer le nom de tout mandataire, alors que le mandat n'est pas contesté. Ce n'est pas cependant l'opinion de M. Bédarride, qui, en cas d'affrétement contracté par le capitaine, veut que la charte-partie contienne, en même temps que son nom, celui du propriétaire ou armateur (n° 650). M. Bédarride tire argument en ce sens des modifications que le texte de l'art. 273 a subies lors des travaux préparatoires. Le projet de la commission, à l'instar de la disposition de l'Ordonnance, ne portait que les noms du *maître* et de l'*affréteur*. Dans ce système il n'est pas douteux que l'indication du nom du capitaine seule eût été requise ; mais sur les observations de la Cour de Rennes, on ajouta, par opposition au nom de l'affréteur, celui du fréteur ; c'était exiger, en sus de l'indication du capitaine, celle du propriétaire ou armateur, qui est le véritable fréteur.

Ce raisonnement n'est pas fondé, malgré ce qu'il paraît avoir de rigoureux. Il résulte en effet des explications qui ont été échangées au Conseil d'Etat (Locré, t. III, p. 200 et sq.), qu'en exigeant l'énonciation du nom du fréteur, on s'est proposé un double but : 1° faire disparaître l'amphobologie que présentait le mot d'*affréteur*, lequel pouvait à la rigueur s'entendre du *locator* et du *conductor* ; 2° indiquer que le capitaine n'avait pas seul le droit d'affréter le navire, que ce droit continuait à appartenir, malgré le mandat général conféré au capitaine, au propriétaire ou armateur, que c'était à la fois, en un mot, un droit délégué et retenu. Mais de là à conclure que, lorsque l'affrétement est conclu par le capitaine, la charte-partie doive indispensablement contenir le nom du propriétaire ou armateur, il y a loin ; et dans tous les cas telle n'a pas été la pensée du législateur, lorsqu'il a substitué la rédaction présente à celle du projet.

4° *Le lieu et le temps convenus pour la charge et la décharge.* — Ceci était encore trop naturel, trop indiqué, pour que la loi ne fît pas de cette énonciation une des clauses substantielles du contrat. Cette remarque est vraie surtout de la mention du lieu, qui est à lui seul la raison d'être du transport à effectuer. Mais il en est de même de celle du temps, dans l'intérêt du fréteur surtout, pour qui il est essentiel qu'on ne retarde pas indéfiniment le départ ou le retour de son navire, et accessoirement dans celui de l'affréteur, à qui il importe le plus souvent que le transport s'accomplisse dans un délai déterminé.

Cette observation générale faite, diverses particularités sont à noter, quant au lieu et quant au temps de la charge et de la décharge.

En ce qui concerne le lieu, il est à remarquer d'abord que ce lieu pourra être distinct de celui du départ ou de destination du navire. Il arrivera en effet assez souvent que le navire devra aller prendre charge ailleurs que dans le lieu où il se trouve, au moment de la formation du contrat ; et ceci a une très-grande importance au point de vue des risques, soit en matière d'*assurance*, soit en matière de *vente par navire désigné* (*). D'autre part, le navire ne déchargera pas toujours dans le lieu d'arrivée, il pourra débarquer dans un lieu intermédiaire, dans un *port d'échelle*, pour employer l'expression consacrée. Tout ceci est donc intéressant à noter, et l'indication particulière d'un lieu de charge et de décharge, à côté de celle du lieu de départ et d'arrivée, a une importance capitale, c'est pourquoi la loi l'a spécialement exigée. Quant aux conséquen-

(*) Voy. à ce dernier point de vue Ripert, *de la vente commerciale*, p. 169.

ces de l'omission sous ce rapport, comme sous tous les autres, du reste, nous allons y revenir dans un instant, nous réservant de présenter une étude d'ensemble sur ce point.

En sens inverse les parties vont souvent beaucoup plus loin que ne le veut la loi, et indiquent, non seulement le lieu général de la charge et de la décharge, mais encore l'endroit précis de la remise, ou si l'on aime mieux, le mode exact suivant lequel elle doit être effectuée. Ce mode consiste généralement dans la *mise à quai*, et c'est même ce qui sera présumé, en dehors de tout accord exprès sur ce point. Mais on peut convenir d'un chargement ou d'un déchargement différents, et, par exemple, d'une remise *sous palan*, auquel cas le chargeur ou le consignataire sont obligés d'accoster le navire, au lieu où il se trouve, et de faire transporter leurs marchandises, sur des barques ou allèges à leurs frais (*). La loi fait elle-même allusion à ce mode d'embarquement ou de débarquement dans les articles 328 et 341, en ce qui concerne les risques à la charge des prêteurs à la grosse et des assureurs. Nous aurons du reste l'occasion de revenir sur ce point, quand nous nous occuperons des *effets du contrat*. On peut consulter avec fruit, à ce sujet, les décisions suivantes du tribunal de commerce de Marseille : 1[er] août 1832, 16 janv. 1833, 24 juin 1835, 26 juillet 1837, 8 mars 1838, 26 mai 1845, 12 fév. et 2 août 1849, 11 juillet 1850, 21 déc. 1855, 17 août 1858, 20 nov. 1866, 2 avril 1868, 27 janv. et 20 août 1873 (*J. M.* 13, 1, 249 ; 15, 1, 216 ; 17, 1, 248 et 257 ; 24, 1, 278 ; 28, 1, 101 et 178 ; 29, 2, 224 ; 34, 1, 52 ; 37, 1, 319 ; 1866, 1, 306 ; 1868, 1, 186 , 1873,

(*) Tout ceci du reste dépend des usages des lieux ; c'est ainsi qu'à Nantes la remise *sous palan* est au contraire de droit ; et cela se comprend, les navires d'un assez fort tonnnage ne pouvant ici librement accoster le bord ou le quai.

1, 108 et 301). La seule chose que nous devions noter en terminant (et cela parce qu'elle se rattache à la question *de forme* en ce moment traitée) c'est que s'il y avait sous ce rapport contradiction entre les clauses d'une même *charte-partie*, ou d'un même *connaissement*, il faudrait se décider par les règles suivantes : 1° la clause manuscrite devrait être préférée à la clause imprimée, Marseille, 20 mars 1873 (*ibid.* 1873, 1, 162) ; 2° la clause précise, indiquant de quelle façon doit se faire la livraison, devrait passer avant la clause générale se référant aux usages du lieu d'embarquement ou de débarquement ; Marseille, 1er août 1856 (*ibid.* 34, 1, 243) (*).

Voilà pour les particularités relatives à l'indication du *lieu*; en ce qui concerne celle du *temps*, quelques mots nous suffiront pour le moment, la matière rentrant beaucoup plus, par ses applications, dans les *effets du contrat*, que dans la section présente.

Les jours convenus pour la charge et la décharge s'appellent, dans le langage de la pratique, *jours de planche* ou *de starie*. Le délai est ordinairement, et sauf convention contraire, de quinze jours pour le grand cabotage et la navigation au long cours, de trois jours pour le petit cabotage. La loi elle-même, ainsi que nous allons mieux l'indiquer dans un instant, reconnaît ici expressément force légale aux usages locaux (art. 274). Quelquefois, à l'effet d'éviter les dommages-intérêts, dont il va être parlé ci-après, on stipule la *reversibilité* des jours de planche ou de starie, c'est-à-dire que l'on convient que l'excédant ou la partie non employée du délai, en ce qui concerne l'embarquement, profitera au débarquement, et *vice versa*. La

(*) Nous retrouverons en matière d'*assurance* des questions analogues, et cette fois c'est dans le texte qu'elles seront exposées.

charge et la décharge ne constituent dans ce cas qu'une seule opération en deux parties.

Lorsque l'affréteur n'a pas chargé ou déchargé dans le délai légal ou conventionnel, il y a lieu contre lui à des dommages-intérêts, qu'on appelle *surestaries*, parce qu'ils consistent dans une indemnité fixée à raison de *chaque jour supplémentaire de starie*, c'est-à-dire en d'autres termes, à raison de chaque jour de retard. Quelquefois, et à raison d'un retard prolongé, ces dommages-intérêts subissent une aggravation considérable, et alors ils s'appellent plus particulièrement *contre-surestaries*. Nous verrons mieux ces choses ci-après *dict. loc.*

1° *Le prix du fret et du nolis.* — Ceci est essentiel, car c'est le prix de location du navire. Il n'en faudrait pas conclure néanmoins qu'une charte-partie dans laquelle le prix du fret ne serait pas énoncé, serait de plein droit nulle ; cette omission peut au contraire être réparée, par des indications résultant des circonstances. C'est un point que nous allons mieux élucider à la fin de ces explications.

Quant aux divers modes de fixation du fret, dont les parties peuvent convenir, nous les avons assez nettement indiqués *supra* p. 18 et sq. pour n'avoir pas à y revenir. Du reste les accords des parties peuvent trouver d'autres combinaisons, et nous en avons rapporté des exemples t. I, p. 517. On convient quelquefois *d'un franc pour tout fret* ; c'est une sorte d'affrétement fait *nummo uno*. Cette fiction a pour but de faciliter la négociation des traites fournies par le chargeur sur le consignataire, en débarrassant les marchandises, qui forment la provision de ces traites, du privilége qui les grève en principe pour assurer le paiement du prix du fret ; c'est comme si l'on disait que le privilége n'existera point à l'égard des tiers. Ceci n'équivaut donc nullement à un abandon du fret réel par le capitaine, à l'encontre du chargeur ou du consignataire, qui n'en est que

l'ayant-cause ; il y a seulement renonciation de sa part à opposer son droit aux tiers-porteurs des traites et connaissements ; voy. Aix, 20 juin 1867 *(J. M.* 1868, 1, 104) (*).

Bemarquons enfin, qu'on stipule ordinairement, en sus du fret, *un droit de chapeau* pour le capitaine, ou plutôt au nom du capitaine, et *un tant pour cent de droit d'avarie*. Nous nous sommes déjà assez longuement expliqué sur le droit de *chapeau*, et particulièrement sur la question de savoir à qui il appartient (t. I. p. 97 et sq.) Nous ne pouvons que nous référer aux notions fournies, en maintenant plus énergiquement que jamais la solution adoptée, à savoir qu'en principe, et sauf réserve contraire, le droit de chapeau appartient à l'armement. Il est une chose qui à elle seule, et en dehors des raisons de principe ci-dessus indiquées, suffirait à le prouver, c'est que cette stipulation d'un droit de chapeau déterminé ne fait qu'une avec celle du droit d'avarie (généralement dix pour cent pour le tout); or si l'on admet que le droit de chapeau constitue une gratification personnelle au capitaine, comment démèlera-t-on dans cette réserve faite en bloc, ce qui appartient à celui-ci et

(*) Il y a eu cependant pour le consignataire une difficulté ; la solution indiquée au texte n'a point, on le comprend, donné lieu, du chef de celui-ci à une objection sérieuse, lors qu'il n'a pas été *en découvert*, c'est-à-dire lorsqu'il a pu acquitter à la fois, avec le prix de vente des marchandises, les traites et le fret. Mais *quid* dans le cas contraire ? Ne doit-il pas, dans la mesure du découvert, être considéré comme un tiers, en l'état de la subrogation que le paiement de la traite a opéré en sa faveur ? La Cour d'Aix s'est prononcée dans le sens de l'affirmative par un autre arrêt du 14 déc. 1867 (*ibid.* 1868, 1, 203). Nous aurions cependant beaucoup de peine à admettre cette décision, si fondée qu'elle paraisse être sur les principes reçus en matière de lettre de change, et le contraire nous paraît résulter de ce que, dans le contrat d'affrétement le consignataire n'est en quelque sorte que la doublure de l'affréteur, de ce que le capitaine fait autant de confiance à l'un qu'à l'autre ; le consignataire se trouve donc par la force des choses explicitement excepté de la réserve dont s'agit.

ce qui revient à l'armateur ? La majorité des auteurs, qui a adopté l'opinion contraire, est, comme le fait très-justement remarquer Caumont *(op. cit*, v° *Affrétement*, n° 119, § 1 et 2) tombée dans une confusion regrettable. Voy. t. I, *dict. loc.* les autorités de doctrine et de jurisprudence qui s'y trouvent rapportées.

Quant à la clause relative au droit d'avarie elle a pour but de faire supporter, dans la mesure convenue, aux affréteurs les frais de navigation qui sont en principe à la charge de l'armement (art. 406 Cod. Com.) Cpr. sur ce point les observations de Valin, t. I, p. 623, et t. II, p. 172 et sq.

6° *Si l'affrétement est total ou partiel.* — Ceci ne se trouvait pas dans le texte de l'Ordonnance (liv. III, tit. I, art. 3) et a été ajouté après coup, dans le courant de la discussion, par les rédacteurs du Code. Il y a en effet intérêt en principe à savoir si l'affrétement est total et partiel, et cela pour les deux parties (art. 286 et 287), voy. *supra* p. 22. Maintenant la chose a-t-elle assez d'importance, et en cas de silence, la difficulté, en ce qui concerne l'intention présumée des parties, est-elle assez grande pour justifier cette exigence de la loi ? Nous en doutons pour notre part, beaucoup, et la suite de ces explications le montrera bien.

7° *L'indemnité convenue pour les cas de retard.* — C'est cette indemnité qui porte, suivant les cas, le nom de *surestaries* ou de *contre-surestaries*. Les surestaries sont généralement de 0,50 cent. par tonneau et par jour, soit 500 fr. pour un navire de mille tonneaux. Quant aux *contre-surestaries*, qui ne sont pas dues dans toutes les hypothèses, qui ne le sont que tout autant que la charte-partie a fixé non-seulement le nombre de jours de *staries*, mais celui des jours de *surestaries*, et qu'on a dépassé ce double délai, elles sont, d'après l'usage d'un quart

en sus, c'est-à-dire qu'au lieu d'être fixée à 0,50 cent. par jour et par tonneau, elles atteignent 0,60 cent. Nous reviendrons plus en détail sur ces notions, quand nous nous occuperons des *effets du contrat*, et en particulier des *obligations de l'affréteur*.

Ici se termine l'énumération que l'art. 273 donne des conditions requises en matière d'affrétement, et des énonciations qui doivent se trouver en la charte-partie. Mais il est évident 1° que ce serait sans préjudice des autres points supplémentaires ou accessoires prévus et arrêtés par les parties. La disposition correspondante de l'Ordonnance portait sous ce rapport une clause générale, donnant toute latitude aux parties pour ajouter aux conditions requises par la loi toutes autres dont elles auraient été convenues; et bien que cette fin d'article n'existe plus aujourd'hui, la solution n'en peut être modifiée, cela étant dans la nature des choses. Du reste la pratique a largement usé du cette latitude, et c'est le cas de dire, comme le jurisconsulte romain, *sic obtinuit*; 2° que les conditions même, dont il est parlé dans la loi, ne sont pas toutes essentielles, et qu'il y a ici comme ailleurs (*) un départ à faire entre celles qui sont véritablement fondamentales, parce qu'elles constituent le contrat, et les autres qui sont plutôt d'usage, qui ont leur utilité à l'effet de mieux préciser les accords des parties, mais dont l'omission n'entamerait en rien la convention dans ses éléments essentiels.

(*) Et cela en matière commerciale comme en matière civile; cpr. article 2148 Cod. civ., et art. 102, 311 et 332 Cod. com. Il est un seul titre pour lequel toutes les formalités visées par la loi seraient de rigueur, c'est celui de la *lettre de change* (art. 110), et cela tient à ce que le législateur a considéré la lettre de change, beaucoup moins comme la forme externe du contrat de change, que comme une sorte de papier-monnaie, qui n'est tel que tout autant qu'il porte l'empreinte voulue par la loi.

L'article 274 fournit à l'appui de cette théorie un argument sans réplique.

Cela étant, comment distinguer les unes des autres? Ceci ne peut être connu que par un retour sur ces conditions; c'est par rapport à chacune d'elles en effet qu'on pourra, en raison de son plus ou moins d'importance, du but particulier en vue duquel la loi l'a exigée, décider si elle est, oui ou non, essentielle au contrat. Du reste les détails dans lesquels nous sommes déjà entrés sous ce rapport nous permettront de rendre cet examen rétrospectif aussi sommaire que possible.

La loi a donc exigé l'indication :

1° *Du nom et du tonnage du navire.* — Il suffit de se référer aux longues et intéressantes explications de M. Cresp sur la nature particulière des transports maritimes (*suprà* p. 6 et sq., texte et note 12), pour voir que l'énonciation du *nom* est essentielle dans tous les cas, et qu'il n'y aurait pas d'affrétement sans cela; l'omission entraînerait donc forcément de ce chef la nullité du contrat. L'indication du *tonnage* n'a pas au contraire ce caractère au même degré; et si nonobstant le silence gardé par la charte-partie sur ce point, l'individualité du navire n'était pas moins certaine, si d'autre part aucune difficulté ne s'élevait sur les quantités à charger ou le chiffre du fret (comme en cas d'affrétement en bloc), il est évident que le défaut de cette mention spéciale serait sans influence sur les accords intervenus, et la validité de la charte-partie ne s'en trouverait pas atteinte; *sic* Bordeaux (trib. com.) 28 nov. 1848 (*J. M.* 28, 2, 27).

2° *Du nom du capitaine.* — Même observation que pour l'indication du tonnage du navire, en ce qui concerne l'identité ou l'individualité du bâtiment. L'énonciation du nom du capitaine ne deviendrait donc essentielle que dans le cas où il

serait certain que les parties ont contracté *intuitu personæ*. Or cela ne doit pas être facilement supposé, en l'état surtout de la facilité de congédiement reconnue par la loi au propriétaire (article 216). Le chargeur qui demanderait donc la nullité de l'affrétement de ce chef, devrait préalablement établir cette condition première de son action (art. 1315 Cod. civ.).

3° *Des noms du fréteur et de l'affréteur.* — Enonciation fondamentale, comme nous l'avons vu, car il s'y agit des parties contractantes elles-mêmes, et sans elle le contrat serait forcément imparfait ; il serait resté à l'état de simple projet, ou pourparler. Il ne faudrait cependant pas s'abuser sur l'intention du législateur en ceci ; en exigeant la mention particulière dont s'agit, la loi a voulu certainement qu'il y eût dans tout contrat d'affrétement un fréteur et un affréteur déterminés, et que l'indication de ce fréteur et de cet affréteur se trouvât dans la charte-partie. Mais a-t-elle obligé par cela même les parties à dévoiler le nom des véritables intéressés, et ne peut-on pas, ici comme ailleurs, contracter *pour le compte de qui il appartiendra?* Oui certes, et ce n'est pas là violer la disposition de l'article 273 *parte in qua*, attendu que dans cette hypothèse il y aura toujours un affréteur connu et apparent, le courtier jouant quant à ce le rôle d'un véritable commissionnaire (voy. *suprà* p. 48 et 49 note 28).

4° *Du lieu et du temps convenus pour la charge et la décharge.* — En ce qui concerne le *temps*, l'énonciation n'a certes rien de substantiel, et la loi elle-même établit le contraire dans l'art. 274, puisque elle suppose qu'à défaut d'accords particuliers sur ce point, le temps est réglé suivant les usages des lieux. Il en sera de même de celle du *lieu*, bien qu'ici le Code soit muet ; et tout ce qui résultera d'un défaut d'indication spéciale quant à ce, c'est que le lieu de la charge

et de la décharge se confondra avec celui du départ et de la destination du navire. Mais si ce dernier lieu n'était pas même indiqué, la charte-partie serait nulle, il y aurait présomption que le contrat n'a pas abouti.

5° *Du prix du fret.* — Ceci semble bien essentiel, puisque c'est le prix même de la location du navire. Mais, comme par suite de la régularité des transports et des correspondances, des prix courants se sont établis sur toutes les places un peu importantes (cpr. art 80 Cod com.), que des tarifs ont été même adoptés par les chambres de commerce, je crois que le silence des parties sur ce point pourrait être suppléé par l'usage des lieux ; et il y aurait présomption que les parties se sont référées pour la fixation du fret au cours du moment.

La même solution ne me paraîtrait pas devoir être adoptée en principe pour les *droits de chapeau et d'avarie*, (bien qu'ils constituent aujourd'hui beaucoup moins une gratification personnelle au capitaine, qu'une addition au fret), et cela à cause de leur caractère exceptionnel. Il faudrait tout au moins que ces droits accessoires fussent bien entrés dans les habitudes du commerce, au lieu où le contrat s'est formé, pour qu'on pût induire leur existence du seul silence gardé par les parties.

6° *Si l'affrétement est total ou partiel.* — Les quelques explications présentées sur ce point ci-dessus impliquent déjà qu'il ne s'agit-là que d'une énonciation très-accessoire, ayant sans doute son utilité pour donner à l'accord des contractants toute la précision voulue, mais pouvant être suppléée par d'autres circonstances. En fait l'indication *si l'affrétement est total ou partiel* résultera plutôt de l'ensemble et du contexte général de l'acte que d'une mention spéciale, laquelle devient par cela même inutile.

7° *De l'indemnité convenue pour les cas de retard.* — Ici

encore l'usage des lieux peut suppléer, et suppléera le plus fréquemment de la convention des parties ; il n'y a donc là encore qu'une clause très-accessoire, dont l'absence ne peut à aucun degré infirmer la validité des accords intervenus.

On voit en somme qu'à part certaines énonciations essentielles, parce qu'elles s'appliquent aux éléments même du contrat, tout le reste n'est qu'un pur détail, qui peut sans inconvénient être négligé. Et ce système se justifie complétement; car s'il est utile d'imprimer à la convention des parties toute la précision désirable, il faut d'un autre côté éviter de créer des obstacles à la rapidité des transactions commerciales, en exagérant les formalités. Il appartient donc aux contractants de donner eux-mêmes aux points accessoires, qui doivent augmenter ou diminuer leurs obligations, la fixité nécessaire, en insérant dans le titre une clause *ad hoc*; *jura vigilantibus prosunt.*

Ceci terminé, nous pouvons passer aux *effets du contrat* ; ce sera, dans cette matière de l'affrétement, notre seconde partie, la troisième se trouvant, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, réservée aux *causes de dissolutions ou de résolution.*

L'affrétement, par cela seul qu'il n'est qu'une variété du louage ordinaire, a forcément un caractère synallagmatique, comme le type général dont il procède, c'est-à-dire qu'il produit des obligations du chef des deux parties contractantes, du chef du capitaine ou fréteur à l'encontre de l'affréteur ou consignataire, et *vice versa.* L'étude des dispositions de la loi relatives à ces deux points constitue à elle seule toute la matière des *effets du contrat.*

A. — *Obligations du capitaine ou fréteur*

Ces obligations, comme celles de tout voiturier en général, pourraient à la rigueur être ramenées à deux : 1° effectuer le transport conformément aux accords intervenus; 2° rendre la chose en bon état de conservation. Comme toutefois le louage de services se complique ici d'un louage de chose, il nous paraît, pour la bonne et lucide exposition des idées, qu'une troisième obligation doit être ajoutée aux précédentes, savoir *mettre le navire, objet du contrat, à la disposition de l'affréteur*, de telle sorte que, en dernière analyse, dans l'ordre des faits, les obligations incombant au fréteur, capitaine ou propriétaire, sont les suivantes :

1° livrer la chose, ou soit mettre le navire à la disposition de l'affréteur ;

2° Effectuer le transport suivant les conditions arrêtées ;

3° Rendre la marchandise dans l'état où il l'a reçue.

Reprenons ces trois points.

I. *Le capitaine doit, comme tout locateur, mettre le locataire ou affréteur en possession de la chose louée, ou soit lui fournir le navire, eu vue duquel la convention a eu lieu.*

Ceci est une suite du principe déjà rappelé, à savoir que l'affrétement est un contrat mixte, composé mi-partie de louage de chose, mi-partie de louage de services. Nous avons déjà du reste indiqué le principe, et la conséquence qui s'en tire relativement à l'impossibilité de substituer un véhicule à un autre, voyez *suprà* p. 17 texte et note 12 ; conf. Marseille, 20 janv. 1851 et 18 janv. 1861 (*J. M.*, 30, 1, 110, et 1861, 1,

65). Il nous faut en ce moment insister un peu sur l'application.

Sous ce rapport une différence importante existe, ainsi que nous en avons également fait la remarque page 22 note 13, entre *l'affrétement total* et *l'affrétement partiel*. Dans la première hypothèse l'affréteur a droit au navire en son entier (article 287) ; d'où la conséquence tirée par la loi elle-même 1° que en cas d'insuffisance dans le chargement, le capitaine ne peut prendre d'autres marchandises sans le consentement de l'affréteur ; 2° que lorsqu'il en a pris, l'affréteur, si l'opération est agréée par lui pourra faire son profit des frets stipulés. Cette dernière proposition, dans les termes où elle est présentée, a été néanmoins doublement contredite. On a prétendu d'abord que lorsque le capitaine agissait du consentement de l'affréteur, il ne devait pas faire raison à celui-ci des frets perçus ; ce système que Valin n'appliquait qu'au cas où le capitaine aurait chargé pour son compte, semble avoir été étendu par un jugement du tribunal de Marseille à l'hypothèse la plus commune, celle où il aurait chargé pour compte d'un tiers ; conf. Valin sur l'art. 2, tit. III, liv. III de l'Ordon., t. I, p. 641 ; Marseille, 4 janv. 1850 (*J. M.* 29, 1, 65). Il paraît résulter d'autre part du même passage de Valin qu'en cas de non consentement, la seule sanction, en ce qui concerne l'affréteur, consisterait dans le droit qu'a celui-ci de s'approprier les frets stipulés (*).

Quoi qu'il en soit, rien de tout cela n'est fondé ; l'adhésion

(*) Les auteurs du projet de 1865 étaient partis de la même idée, puisque, pour couper court à toute difficulté dans l'avenir, ils proposaient de rédiger le nouvel article 287 ainsi qu'il suit : *l'affréteur profite du fret des marchandises indûment chargées par le capitaine,* SANS PRÉJUDICE, S'IL Y A LIEU, DE TELS DOMMAGES-INTÉRÊTS QU'IL APPARTIENDRA.

donnée par l'affréteur total aux sous-affrétements conclus par le capitaine, ne peut équivaloir à un abandon de ses droits, en ce qui concerne les nolis provenant de ces sous-affrétements. Ce consentement donné *ab initio*, ou cette ratification intervenue après coup, ne peuvent avoir qu'un sens, c'est que l'affréteur renonce à se prévaloir de la faculté que l'art. 287 lui accorde, de tenir, en ce qui le concerne, les sous-affrétements pour non avenus ; mais de là à conclure qu'il renonce également aux frets qui, de par son contrat, sont sa propriété exclusive, il y a loin. Ce sont là deux prérogatives distinctes qu'il ne faut pas confondre, et la renonciation à l'une n'implique nullement l'abandon de l'autre : *in obligationibus quod minimum est sequimur.* Aussi l'opinion de Valin, justement combattue par Locré, t. III, p. 245, est-elle aujourd'hui universellement rejetée ; quant au système, qui résulte *a contrario* du jugement du tribunal de Marseille ci-dessus visé, il s'éloigne encore plus de la vérité, si c'est possible ; aussi ne doit on y voir qu'un considérant malheureux à l'appui d'une décision qui, prise en elle-même, est parfaitement juste.

Le second point est encore moins susceptible de controverse, si c'est possible. La loi disant qu'en cas d'affrétement total le capitaine ne peut prendre d'autres marchandises sans le consentement de l'affréteur, donne par cela même à celui-ci la faculté de ne tenir aucun compte des sous-affrétements conclus ; il y a ici une nullité virtuelle résultant de l'inaccomplissement de la condition exigée par l'article 287. Le législateur en ajoutant donc que *l'affréteur profite* dans ce cas *du fret des marchandises qui constituent le chargement du navire qu'il a entièrement affrété*, n'a pas entendu restreindre la portée de la proposition précédente, mais en indiquer la conséquence la plus usuelle; le plus souvent en effet, l'affréteur n'aura aucun intérêt à critiquer les sous-affrétements passés par le capitaine, lorsque

celui-ci aura traité aux conditions ordinaires, et que l'affreteur total n'aura aucun intérêt à ne pas louer son navire à des tiers. Mais le contraire pourra se présenter ; car ainsi que l'observe judicieusement M. Bédarride, *c'est peut-être par calcul, et pour ne pas jeter sur le marché de consommation une trop grande quantité de marchandises, que celui-ci n'a pas entièrement chargé le navire* (n° 728). On comprend qu'en pareil cas, les frets les plus avantageux ne sauraient dédommager l'affréteur de la perte qu'il a subie. C'est donc par les règles ordinaires qui régissent les dommages-intérêts (art. 1149 et sq Cod. civ.). que la situation se trouvera gouvernée, et l'intérêt de chacun sauvegardé.

On remarquera que dans les explications qui précèdent, il n'est nullement question des tiers; la solution donnée ne concerne que les rapports de l'affréteur et du capitaine. C'est qu'en effet, en ce qui regarde les sous-affréteurs, la validité des conventions conclues ne saurait être mise en doute ; c'est le cas de dire avec Emérigon qu'*ainsi le veulent la foi publique et l'intérêt du commerce*. Si le mandat du capitaine subsiste à l'encontre de l'armateur dans les hypothèses les plus favorables pour celui-ci, telle que celle d'un affrétement passé soit dans le lieu de sa demeure, soit, contrairement aux accords intervenus entre son mandataire et lui, à plus forte raison doit-il en être ainsi par rapport à l'affréteur, qui est loin d'avoir les pouvoirs du premier, et dont la convention a reçu une publicité moindre, si c'est possible. Il faudra donc transporter ici, par argument *à fortiori*, les explications présentées *suprà* p. 24, et la conclusion finale qui s'y trouve formulée.

Le droit de l'affréteur reçoit encore une double limitation,

l'une relative à certains lieux expressément ou tacitement réservés, tels que la chambre ou cabine du capitaine et autres gens de l'équipage, l'autre portant sur tout le navire, dans le cas où le chargement serait contraire à sa destination et lui enlèverait ses qualités nautiques. La première de ces deux limitations va en quelque sorte de soi; ces dépendances étant par leur affectation même essentielles en principe au service du navire, il s'ensuit 1° qu'elles ne sont pas comprises *à priori* dans le contrat de location; 2° que les intéressés peuvent en disposer comme ils l'entendent, qu'ils peuvent transporter des marchandises pour leur compte, si leurs accords avec l'armateur les y autorisent (art. 251), ou pour le compte d'un tiers, et dans ce dernier cas, ils ne seront pas redevables du fret perçu; en ce sens Valin, *loc cit.*; Bédarride, n° 715; Caumont, *Dict. du dr. marit.*, v° *affrétement*, n° 29; Marseille, 6 janv. 1822; (Dalloz, *J. G.*, v° *Droit maritime* n° 885); 25 mai 1827 et 23 août 1864 (*J. M.* 8, 1, 190, et 1864, 1, 257); cpr. aussi Bordeaux, 29 avril 1856 (*ibid.* 34, 2, 117). Cette idée toutefois, comme il arrive souvent en matière commerciale, ne saurait comporter une application absolue; et s'il était établi, soit par la convention des parties, soit même par les circonstances de la cause, que l'affréteur de la totalité du bâtiment n'a pas voulu faire une spéculation sur corps du navire (en sous-affrétant), mais sur facultés (en transportant des marchandises pour son compte) il faudrait dans cette hypothèse décider que le capitaine ne pourrait charger pour son compte des marchandises de même nature, et cela dans sa chambre et autres lieux réservés. Il se passerait dans ce cas quelque chose d'analogue à ce qui a lieu en matière de vente ou de location d'un fonds de commerce, où le vendeur ou locateur ne peut, sous peine de contrevenir à l'obligation de garantie, ouvrir à côté de son acheteur ou locataire, un établissement similaire. Il en est de même ici,

toute opération a en effet un but, dernier et final, en même temps qu'un objet immédiat, et l'obligation des parties contractantes consiste à ne contrarier sciemment aucun de ces deux résultats; *sic* Nantes, 19 déc. 1868 (*J. M.*, 1871, 2, 6). Seulement, comme ceci est en quelque sorte à l'arrière plan, il faut que quelque chose l'établisse aux yeux du capitaine et des autres intéressés; en dehors d'une justification directe, la présomption serait que le navire n'ayant été loué, que réserve faite des dépendances dont s'agit, les ayants-droit peuvent user de ces dépendances selon leur volonté. Il y a sous ce rapport une nuance entre cette espèce et celle de la vente ou de la location d'un fonds de commerce que nous venons de rappeler (*).

La seconde des deux idées exprimées plus haut n'est ni moins nette ni moins juste; sans doute l'affréteur est, par son contrat, et quant à la jouissance, subrogé à tous les droits du propriétaire, mais c'est à la condition de jouir comme ce propriétaire lui-même, c'est-à-dire *en bon père de famille*. Il s'ensuit donc qu'il ne peut en surchargeant le navire, en y embarquant des marchandises d'une nature déterminée, diminuer ou faire disparaître ses qualités naturelles, nuire à sa navigabilité, porter peut-être atteinte à la sécurité des personnes. Le capitaine serait en droit, dans ce cas de faire débarquer la marchandise, et l'affréteur paierait le vide pour le plein; en ce sens, Rennes 8 mars 1875 (*N.* 1875, 1, 107); cpr. aussi Marseille 28 sept. 1871 (*J. M.* 1871, 1, 232).

(*) Le projet de 1865 avait au contraire consacré la règle inverse, et fait au capitaine une défense absolue de prendre d'autres marchandises, *même dans la cabine et autres lieux réservés à l'équipage*. Et il faut avouer que cette dernière solution est beaucoup plus conforme à la vérité des choses; car le plus ordinairement l'affréteur ne loue le navire en totalité, que pour s'en servir d'instrument de transport pour son compte; il ne sous-loue que par occasion, lorsqu'il y trouve un avantage.

Tel est, avec ses nuances et ses tempéraments le droit de l'affréteur dans cette première hypothèse. Disons tout de suite que ce droit ne saurait exister qu'à la condition par celui-ci d'acquitter l'entier fret du navire, et de payer, s'il y a lieu, *le vide pour le plein*. Le capitaine pourrait même, à l'effet d'assurer l'exécution de cette obligation, et de donner à son privilége une base suffisante, exiger le chargement d'une certaine quantité de marchandises, et dans le cas où les jours de *planche* se seraient écoulés sans que ce chargement eut lieu, des surestaries courraient, comme en thèse ordinaire, en sa faveur; conf. Valin, *loc. cit.*, cpr. Aix, 27 juillet 1874 (*N.* 1875, 2, 33).

En somme, l'affrétement constituant un louage de chose en même temps que de services, l'*Affréteur total* a tout d'abord droit à la chose même, objet de la convention, c'est-à-dire au navire. Ce droit existe également pour l'*affréteur partiel*, car le contrat ne change pas de nature pour s'appliquer à une partie de la chose, au lieu de la chose tout entière; il existe seulement avec une nuance qui mérite d'être signalée. L'affréteur a sans doute droit au navire, en vue duquel la convention est intervenue, mais il n'a pas droit à une partie déterminée du navire, *non loca in navi conduxit*, suivant l'énergique et concise expression de la loi romaine, citée *suprà* p. 15 note 11. Tout ce qu'il peut exiger, c'est que les marchandises soient emplacées de façon à ne pas souffrir du voisinage ou du contact d'autres facultés, et amenées en bon état de conservation au lieu du reste. Cette bonne et habile distribution du chargement s'appelle dans le langage du métier l'*arrimage* et le *fardage* des marchandises. Mais comme ceci se rapporte à une autre obligation que la présente, nous ne pouvons que renvoyer à la partie de cette étude où il en sera traité.

II. *Le capitaine doit effectuer le transport conformément aux accords intervenus.*

On remarquera que l'art. 273, qui a pour but de préciser la convention des parties sur les particularités les plus importantes de leurs accords, ne contient rien de spécial sur ce point. Et ce silence n'a rien que de très-facilement explicable; les transports maritimes sont soumis à des éventualités telles, le but en est d'autre part si complexe, par suite de la variété et de la multiplicité des intérêts auxquels ils sont destinés à pourvoir, qu'on ne pouvait guère indiquer *à priori* les points sur lesquels les contractants auraient à s'expliquer; c'était là le domaine du contingent, et il fallait sous peine de tomber dans l'inconvénient signalé plus haut, s'en remettre aux parties du soin de préciser leurs accords sur les points par elles regardés comme substantiels. En fait on indiquera souvent à quelle époque le navire devra partir; s'il ira en droiture au lieu de destination ou s'il lui sera permis de faire échelle, etc.; quant au délai dans lequel le voyage devra s'exécuter, délai presque toujours fixé en matière ordinaire, il ne le sera presque jamais ici, à cause des risques inhérents à la nature spéciale de transport dont s'agit ici, et qui sont de l'essence de la navigation. Il y a toutefois un temps moral que le capitaine ne pourra pas excéder, sous peine, ainsi qu'on va le voir, d'engager sa responsabilité.

Il faut donc prévoir le cas où un retard caractérisé viendrait à se produire dans l'exécution du contrat. Sous ce rapport deux hypothèses doivent naturellement être mises en lumière, celle où le retard provient de la faute du capitaine, celle au contraire où il serait dû à un cas fortuit ou de force majeure. Ces deux situations forment l'objet de deux dispositions importantes de la loi, les art. 295 et 296 Cod. com.

Il n'est pas douteux que dans le premier cas la responsabilité

du capitaine ne soit engagée; la première de ces deux dispositions porte en effet : *le capitaine est tenu des dommages-intérêts envers l'affréteur, si par son fait, le navire a été arrêté où retardé au départ pendant sa route, ou au lieu de sa décharge.* Le délicat est seulement de savoir quels sont les faits qui feront naître cette situation, et quelles sont les conséquences qui en dériveront pour le capitaine.

Le premier point ne peut être en principe qu'un point de fait, et ce sera encore ici affaire de circonstances; on peut seulement indiquer à titre d'exemples les cas cités par Valin sur l'art. 10, tit. III, liv. III de l'Ord., t. I, p. 650 : *l'arrêt ou le retardement,* dit-il, *procèdera de son fait, s'il relâche sans nécessité, s'il fait escale sans y être autorisé, si l'arrêt a pour cause le défaut de pièces dont il devait être muni pour rendre sa navigation légitime, enfin s'il manque aux formalités nécessaires à son arrivée, pour se mettre en état de faire sa décharge en règle, et le plus promptement qu'il est possible*; cpr. aussi Bédarride, n° 765, et Marseille, 7 avril 1824, 12 mai 1826, 7 juin 1830, 14 mai 1850, 20 juin 1851, 27 juillet 1854, 8 février 1855; Aix, 12 janv. 1856; Bordeaux, 4 août 1856; Aix, 14 août 1857 et 5 mai 1858; Marseille, 31 mai 1858, 14 nov. 1859, 14 juillet 1864 : cass. 22 juillet 1867 (*J. M.* 5, 1, 249; 7, 1, 135; 11, 1, 241; 30, 1, 12 et 110; 32, 1, 222; 33, 1, 113; 34, 1, 27; 35, 2, 11, et 1, 232; 36, 1, 162 et 245; 37, 1, 344; 1864, 1, 201. — *D. P.* 1868, 1, 81).

Il est cependant un de ces cas que la loi a pris elle-même la peine d'indiquer, par suite de sa pertinence en quelque sorte et de sa gravité, c'est celui où le navire serait parti sans être en état de tenir la mer. La règle s'en trouve portée en l'art. 297, lequel ne constitue dès lors qu'une application du principe général formulé par l'art. 295, et l'exemple le plus frappant de

la responsabilité qui pourra sous ce rapport incomber au capitaine. Nous avons déjà signalé, t. I, p. 580, les précautions que la loi a prises pour rendre impossible une négligence si préjudiciable au bien général du commerce, la double visite qu'elle a exigée avant de prendre charge, les conséquences pénales et civiles attachées au défaut de visite. Est-ce à dire en sens inverse que lorsque le navire aura subi la visite réglementaire, une présomption absolue de navigabilité s'ensuive de plein droit? Non certes, il ne peut y avoir rien de rigoureux en pareille matière, et tout comme l'absence de visite n'est pas un obstacle à la preuve contraire, l'accomplissement de cette formalité laisse également la porte ouverte à une justification en sens opposé. Le même article 297 le dit formellement, et si une pareille disposition ne s'imposait d'elle-même par sa logique naturelle, les évènements de chaque jour en établiraient la justice et la nécessité. Il est démontré en effet par des documents de toutes sortes que beaucoup de navires périssent en mer, non par suite d'un défaut de navigabilité intrinsèque, mais par excès de charge, les capitaines embarquant le plus possible, à l'effet de grossir d'autant leur fret. En présence de ce résultat déplorable, et qui peut entraîner les plus funestes conséquences, on s'est demandé si les experts visiteurs n'auraient pas le droit de porter leurs investigations sur le chargement en même temps que sur le navire, et s'ils ne devraient apprécier la navigabilité de l'objet soumis à leur contrôle à ce double point de vue; un arrêt de cour d'appel a même jugé en ce sens, voy. Rennes, 8 mars 1875 précité. Nous ne croyons pas cependant que tel soit le sens de la loi, si regrettable que la lacune puisse paraître; l'article 225 du Code de commerce, conforme en cela aux articles 12 et 13, tit. XIV de la loi du 13 août 1791, porte textuellement que *le capitaine sera tenu*, AVANT DE PRENDRE CHARGE, *de faire visiter son navire*, et ces termes sont d'une netteté trop

grande pour laisser planer le moindre doute sur la pensée de la loi ; le législateur n'a eu en vue certainement que le corps du navire et sa navigabilité intrinsèque. Valin était, il est vrai, d'un avis contraire, et sur l'art. 7, tit. 5, liv. I de l'Ordonnance il disait : *si un capitaine ou maître de navire s'opposait absolument à la visite de son bâtiment* ET DES MARCHANDISES DE SA CARGAISON, *de manière qu'il l'empêchat par violence, il n'en serait pas quitte pour une simple amende, puisque ce serait une rebellion à justice.* Mais il est à remarquer que la disposition de l'Ordonnance était beaucoup plus générale dans son texte que celle du Code de commerce (*), et si elle n'imposait pas la visite de la cargaison, elle ne l'excluait pas non plus. Bien différent est l'art. 225 Cod. com., dont le texte, comme on l'a vu, n'admet pas deux interprétations. On peut appliquer à cet article, comparé à la règle analogue de l'Ordonnance, ce que M. Cresp dit ailleurs de certaines dispositions de notre titre, à savoir que *l'addition ou modification n'a pas été heureuse* (**).

Arrivons maintenant aux conséquences de la responsabilité. La loi ne se borne point à dire que le capitaine sera tenu de dommages-intérêts, elle ajoute dans un second alinéa que *ces dommages-intérêts seront réglés par experts*. Le sens de cette disposition, un peu divinatoire au premier abord, nous est très-bien expliqué par Locré (t. III, p. 271). Il y a ici une opposi-

(*) « *Les maîtres, capitaines ou patrons sont tenus de souffrir la visite de leurs bâtiments, à peine d'amende arbitraire.* »

(**) On ne voit pas en effet pourquoi, dans l'intérêt des personnes, non moins que des choses, on n'étendrait pas aux transports maritimes les règles de sage prévoyance établies par le législateur pour les transports par voitures publiques. Cette situation a fait dernièrement en Angleterre, l'objet d'un débat orageux à la chambre des Communes, à propos de la motion de M. Plimsoll.

tion avec l'article précédent, qui prévoit le cas de dommages-intérêts à payer au capitaine par l'affréteur. Dans cette dernière hypothèse, le tribunal peut ne pas renvoyer, et ne renverra généralement pas l'appréciation des dommages-intérêts à des experts, car l'indemnité consistera uniquement en *surestaries* ou *contre-surestaries* fixées par l'usage. Dans notre cas, au contraire, l'indemnité se composera d'éléments très-divers; il faudra apprécier, au regard de l'affréteur, c'est-à-dire d'un marchand spéculateur, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, ce qui nécessite l'intervention d'hommes spéciaux. Quel que soit le plus ou moins de justesse de cette théorie (*), il n'est pas douteux que ce ne soit là l'idée de la loi, et par conséquent l'expertise sera dans tous les cas obligatoire, sauf toujours le droit pour les juges de ne pas en admettre les conclusions.

Il va sans dire du reste qu'ici comme ailleurs les dommages-intérêts ne courraient pas de plein droit du jour de l'expiration du terme; une sommation serait nécessaire pour produire ce résultat (art. 1139 Cod. civ.). La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette règle qui, à défaut d'une dérogation formelle, devait régir cette situation comme les autres; voyez les jugements précités de Marseille. Mais le principe serait susceptible des mêmes tempéraments qu'en droit commun; nous ne pouvons sous ce rapport que renvoyer aux règles ordinaires des *Obligations*.

Prenons maintenant la situation inverse, et supposons que le retard ou l'arrêt sont dus à un cas fortuit ou de force majeure, un événement de mer quelconque. Le capitaine ne saurait en

(*) On pourrait en effet en dire autant dans tous les cas; aussi le projet de 1865 avait-il modifié ce point, et rendu l'expertise simplement facultative, selon les données du droit commun.

principe être responsable, car *nemo præstat casus fortuitus*. Est-ce à dire cependant que ses obligations soient finies, et que rien ne soit changé pour eux aux effets du contrat? Non certes, et l'art. 296, l'un des plus importants et des plus délicats de la matière, a fait sous ce rapport diverses distinctions, sur lesquelles la controverse a éclaté, mais que nous trouvons, quant à nous, parfaitement nettes et parfaitement juridiques.

La loi a distingué d'abord suivant qu'il y avait avarie simple ou innavigabilité, c'est-à-dire, en d'autres termes, suivant que le navire pouvait ou non être réparé (art. 296, 1er et 2me alin. cbn.). Dans la première hypothèse, l'affréteur est obligé d'attendre, sous peine de payer le fret tout entier, comme dans le cas de retirement volontaire prévu et régi par l'art. 293. Et la raison de cette décision n'a rien que de très-sensible; c'est une application directe du principe ci-dessus posé. On peut dire du reste qu'il y a ici une *avarie particulière* dont les deux intéressés doivent, chacun en ce qui le concerne, supporter les conséquences. Au capitaine, les frais de réparation du navire, de subsistance et de loyers de l'équipage; à l'affréteur, ceux de déchargement et de magasinage de la marchandise, ainsi que la moins value résultant pour lui du retard éprouvé.

Nous ne pensons pas cependant que cette obligation de l'affréteur dût aller jusqu'à compromettre le sort du chargement, dans le cas où le retard qu'entraîneraient les réparations serait assez long, et la nature de la marchandise telle, qu'un coulage complet s'ensuivit. C'était autrefois l'avis de Valin (sur l'art. 11, tit. III, liv. III de l'Ord., t. I, p. 651), et bien que le Code ne distingue point (tout comme l'Ordonnance du reste), cette solution ne nous paraît pas sérieusement contestable, les choses devant, en matière commerciale être appréciées avec équité et bonne foi. On se fait un grief, il est vrai, contre ce système de ce qu'il a pour effet de rejeter sur l'armement la totalité des dommages,

dans le cas précisément où ces dommages ont le plus de gravité, et cela contre le vœu de la loi qui a voulu partager entre les deux intéressés les conséquences de l'événement de mer survenu. Mais ce résultat, si exorbitant qu'il puisse paraître, le législateur l'a admis dans deux hypothèses caractérisées, celles de *naufrage* et d'*innavigabilité* (art. 296 et 303), et en somme l'unique question est de savoir si le dommage est réparable ou non. Dans le premier cas il y a lieu à l'application du premier alinéa de l'art. 296, dans le second, non : c'est ce qui se dégage de toutes les dispositions de la loi sur ce point. Or, lorsque les réparations à faire au navire ne peuvent s'effectuer sans entrainer la perte des marchandises, on peut dire qu'il y a quant à celle-ci une véritable innavigabilité, une *innavigabilité relative*, si l'on veut, mais qui n'est pas plus en dehors de l'esprit de la loi que ne l'est la distinction analogue faite, en matière d'*assurance*, au sujet du délaissement par l'art. 369. Nous croyons donc que l'affréteur pourra dans ce cas retirer ses marchandises en payant simplement le fret proportionnel, en raison de ce que le voyage se trouvera avancé. C'est la doctrine de deux arrêts, l'un de Rennes, du 19 août 1831 (Dalloz, *Répert.*, v° *Droit maritime*, n° 976), l'autre de la Cour suprême, du 15 mars 1859 (*D. P.*, 1859, 1, 443, et *J. M.*, 1860, 2, 30), et elle a été suivie par la généralité des auteurs; voy. Alauzet n° 1271 ; Caumont, *op. cit.* v° *affrétement*, n° 102; de Fresquet, *op. cit.* sur l'art. 296; — *contrà* Bédarride n° 770.

Quid maintenant de l'hypothèse où le navire est innavigable, d'une façon absolue ou relative, et ne peut être réparé? Ici la loi sous-distingue encore, suivant que le capitaine a pu ou non louer un autre bâtiment, en remplacement du premier. Si le capitaine peut fréter un autre bâtiment pour achever le tran-

sport, il y a obligation pour lui de le faire ; l'opinion contraire de Valin, victorieusement refutée du reste par Emérigon, était déjà fausse sous l'empire de l'Ordonnance, et doit à plus forte raison aujourd'hui, en présence des termes formels de la loi, être abandonnée ; (Valin, *loc. cit.*, t. I, p. 652 ; Emérigon, *assur.*, chap. XII, sect. 16, § 6, t. I, p. 426).

Ce point est désormais sans difficulté, mais le délicat est de savoir en quelle qualité le capitaine agit ici, si c'est en son nom personnel, par suite de l'obligation qui lui incombe, et qui ne serait qu'une conséquence de son contrat, ou bien si c'est au nom des affréteurs, dont il serait de cette façon le mandataire légal. Cette qualité de mandataire des chargeurs, le capitaine l'a, nous l'avons vu, d'une façon générale, aussi bien que celle de représentant du propriétaire ou armateur (voy. t. I, p. 567) ; mais existe-t-elle ici ? L'intérêt de la question se présentera dans le cas, très-fréquent du reste, où le capitaine affréterait le second navire à un fret différent du premier ? S'il procède en son non, *periculum suum facit*, il agit à ses risques et périls ; affrete-t-il à un fret moindre ? il bénéficie de la différence ; est-ce au contraire à un fret supérieur ? il doit fournir l'excédant. Mais il n'en est pas de même s'il n'agit que du chef des affréteurs, et comme chargé de leurs intérêts, et c'est sur ceux-ci que retombent dès lors les conséquences bonnes ou mauvaises de l'opération.

Si l'on s'en tenait au texte de l'art. 296, la première solution semblerait ne pas pouvoir faire difficulté. Cela résulte non-seulement de l'obligation que la loi impose ici au capitaine, obligation qu'il est censé jusqu'à preuve contraire, accomplir en son nom, et en sa qualité habituelle de représentant de l'armateur, mais aussi de cette particularité remarquable que la loi ne dit rien ici du fret qui peut être dû au capitaine ; or comme il n'est pas pas possible qu'il ne lui en soit dû aucun, ne serait-ce que le

fret proportionnel, dont il est parlé dans le troisième alinéa de la disposition, l'intention du législateur semble bien évidente; il a entendu maintenir les effets de la convention primitive, et assurer par conséquent au capitaine son entier fret, sous la condition par lui de louer un autre navire. Celui-ci ne fait donc, en accomplissant cette dernière obligation, qu'exécuter son contrat; il agit forcément en son nom personnel. Cette induction trouverait à la rigueur un point d'appui dans l'art. 238, déjà vu, qui porte sans distinction que *tout capitaine engagé pour un voyage* EST TENU DE L'ACHEVER, *à peine de tous de tous dépens, dommages-intérêts envers les propriétaires et* LES AFFRÉTEURS. En ce sens Valin, *loc. cit.*, t. I, p. 653.

Si séduisant que soit ce système (*), nous ne pensons pas qu'il puisse tenir en présence d'une autre disposition de la loi, bien formelle celle-ci, l'art. 393, au titre des *Assurances*(**). Cet article vise, comme le vôtre, le cas d'innavigabilité du navire, et voici ce qu'il dispose : *L'assureur est tenu, en outre, des avaries, frais de déchargement, magasinage, rembarquement,* DE L'EXCÉDANT DU FRET, *et de tous autres frais qui auront été faits pour sauver les marchandises, jusqu'à concurrence de la somme assurée.* Or il ne peut être question ici que de l'assureur sur facultés; l'enchaînement de cet article avec les précédents le prouve de reste. La garantie de l'assureur sur corps se borne d'ailleurs au navire; ce n'est que très-exceptionnellement qu'elle pourrait s'étendre aux marchandises dans le cas où l'assureur répondrait de la *baraterie du patron*, et où il y aurait faute du capitaine. S'il en est ainsi, et si c'est l'assu-

(*) Le projet de 1865 l'avait adopté.

(**) Cette disposition n'existait pas dans l'Ordonnance (elle ne date que de la déclaration du 17 août 1779), ce qui explique l'interprétation de Valin.

reur sur facultés qui supporte l'excédant de fret, il en résulte qu'à défaut d'assurance, c'est sur l'affréteur que retombera l'aggravation, et par conséquent c'est en son nom et dans son intérêt que le capitaine agit. Cela nous paraît hors de discussion.

Quant au motif qui a dicté la disposition, il nous paraît facile à saisir. L'affrétement, M. Cresp l'a supérieurement démontré, est autant un louage de choses qu'un louage de services; tout événement qui met fin à cette chose, tel qu'un naufrage ou une innavigabilité caractérisée, doit donc également avoir pour effet de résilier la convention. Il s'ensuit que si le capitaine est obligé de continuer ses soins à la cargaison, ce ne peut être en exécution d'un contrat qui, à dater de ce moment ne porte plus sur rien, et dès lors n'existe plus; c'est en vertu d'un mandat que la loi lui impose directement et que les circonstances rendaient impérieusement nécessaire.

La doctrine dont s'agit est universellement admise en cas d'excédant de fret; mais certains auteurs et certaines décisions judiciaires, tout en l'acceptant dans cette hypothèse la repudient, par une contradiction inconcevable, lorsque la différence est en moins, c'est-à-dire lorsque le second fret est inférieur au premier; en ce sens Bédarride, n° 773; Aix, 11 août 1859 (*D. P.* 1860, 2, 15, et *J. M.*, 37, 1, 143); Marseille, jug. arb., 3 fév. 1866 (*ibid.*, 1866, 2, 3). On fait valoir dans le sens de cette opinion que l'art. 309 de notre titre n'admet aucune diminution dans le prix du fret. On ajoute du reste que cette diminution n'aurait ici aucune raison d'être; car s'il est naturel que l'affréteur paye plus, lorsque les événements de mer lui en font une nécessité, il ne l'est guère qu'il paye moins, et il ne saurait le faire sans contrevenir aux accords primitifs, et violer la loi de son contrat.

Tout cela ne nous convainc pas. L'art. 309 n'a aucun trait à la question ; cette disposition, assez inutile du reste, et que par cela même le projet de 1865 avait supprimée, n'a été insérée dans notre Code que par une raison analogue à celle qui a fait écrire l'art. 343 en matière d'*assurance*, c'est-à-dire pour prévenir certaines demandes arbitraires en réduction du fret, telle que celle résultant d'une prétendue lésion qu'aurait éprouvée l'affréteur par suite de certaines circonstances (*). On voit que ceci est complétement étranger à notre hypothèse. L'argument de principe ne porte pas davantage ; l'affréteur ne peut pas être rivé d'un côté à son contrat et ne pas l'être de l'autre ; cette situation en partie double n'aurait aucune raison d'être, elle serait aussi contraire à la logique qu'à l'équité. Or il est certain qu'en cas d'excédant du nouveau fret sur l'ancien, le contrat ne s'applique point, puisque c'est l'affréteur qui, aux termes de l'art. 393, supporte cet excédant ; on ne comprendrait point dès lors pourquoi il n'en serait pas de même en cas de diminution ; et ce serait le cas de dire, en renversant l'adage, *ubi onus ibi emolumentum* ; *sic* Alauzet n° 1271 ; Marseille, 15 juin, 19 juillet et 10 sept. 1858 (*J. M.* 36, 1, 214 et 328).

Cette doctrine une fois admise nous paraît conduire aux deux conséquences suivantes : 1° Le capitaine, bien qu'obligé en principe, en cas d'innavigabilité de son navire, à louer un autre bâtiment, doit avoir cependant, dans l'accomplissement de cet acte, une certaine liberté d'appréciation, et s'il lui paraissait que les conditions du nouvel affrétement fussent trop dures, et hors de proportion avec le résultat à atteindre, il serait préférable, soit pour lui, soit pour ses affréteurs, de s'abstenir, et ceux-ci ne

(*) Ainsi, dans le cas d'un affrétement conclu en temps de guerre, l'affréteur aurait pu, après la survenance de la paix, demander une diminution du fret, sous prétexte que le prix de location du navire n'était plus en proportion avec les risques courus.

sauraient lui faire un grief de son inaction. C'est encore une fois une conséquence de ce principe que le capitaine agit ici dans l'intérêt des affréteurs, comme leur gérant d'affaire légal. La jurisprudence a fait des applications de cette idée ; voy. entre autres, Marseille, 9 novembre 1864 ; Bordeaux, 15 mai 1866 ; arg. Marseille 4 sept. 1873 (*J. M.* 1864, 1, 297 ; 1866, 2, 180 ; 1873, 1, 313). 2° Le capitaine a droit, dans cette hypothèse au fret proportionnel, tout comme dans celle où le voyage serait irrévocablement arrêté, par suite de l'impossibilité de louer un autre navire. L'article de loi est cependant muet sur ce point; mais le doute qui résulte de ce silence, en admettant qu'il existe, ne pouvait, ainsi que nous l'avons vu, être interprété qu'en ce sens, que le capitaine aurait droit à l'entier fret, moyennant obligation pour lui de louer un autre navire. Cette interprétation étant écartée, le droit au fret proportionnel s'ensuit de soi, car encore une fois, le capitaine, en louant un autre navire, agit au nom de ses affréteurs ; et le fait, en ce qui le concerne, de l'accomplissement de cette obligation n'empêche pas que le transport n'ait été en partie effectué par lui, et par conséquent que partie du fret ne lui soit due. L'article 303 qui prévoit une situation analogue à la nôtre, fournit du reste par sa généralité même, à l'appui de cette solution, un argument décisif. L'opinion contraire de Locré, suivie par M. Bédarride (n° 769), est donc une erreur manifeste, condamnée par la jurisprudence ; voy. Marseille 19 juillet et 10 septembre 1858 précités, et en plus 27 mai 1841, 3 mai 1857 (*J. M.*, 20, 1, 334 et 35, 1, 964) ; conf. aussi Alauzet, nos 1272.

L'article prévoit enfin l'hypothèse où il y aurait impossibilité de louer un autre navire, et dispose que *le fret n'est dû qu'à proportion de ce que le voyage est avancé*, mais enfin est dû dans cette proportion. Cette décision n'a rien que de très-con-

forme aux principes, et c'est à tort qu'on a voulu en éluder l'application dans la pratique, et que d'autre part on l'avait modifiée en 1865 (*). L'obligation qu'engendre chez le fréteur le contrat de transport est, comme toutes les obligations *de faire*, et sauf indication contraire résultant de la volonté des parties, parfaitement divisible, c'est-à-dire succeptible de s'exécuter par fractions, et l'on comprend très-bien que lorsque le voyage se trouve avancé d'un tiers ou de moitié, l'affréteur ait recueilli le tiers ou la moitié du profit qu'il devait retirer du contrat; ce résultat, aujourd'hui surtout, en présence des progrès du commerce, de la multiplicité et de la régularité des communications, ne saurait être nié. C'est donc avec infiniment de raison que le législateur a fait un départ dans la convention des parties, la résiliant pour l'avenir, mais la laissant subsister dans le passé.

Nous ne saurions dès lors nous rallier à l'opinion, professée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, qui refuse d'appliquer l'art. 296 au transport des *passagers*, et tient que l'arrivée à destination étant ici la fin même du contrat, tant que ce but n'est pas atteint, le prix du passage n'est pas dû, ni en totalité ni en partie. Cette solution ne tend à rien moins qu'à créer ici une indivisibilité conventionnelle, qui en fait n'existe point, et que la loi, comme le témoigne notre disposition, n'a pas admise. Ce n'est pas que l'on doive appliquer aveuglément au transport des passagers les règles de notre titre, car ce n'est pas là un *affrétement*; nous-mêmes en avons fait l'observation, *suprà* p. 74. Mais, cette réserve une fois faite, la distinction, en ce qui concerne le cas présent, nous paraît impossible, le bénéfice que l'affréteur retire de l'exécution partielle du transport, étant également, dans le système de la loi, acquis au passager. En ce sens Alauzet n° 1272; Caumont, *op. cit.* v° *affrétement*,

(*) Le projet de 1865 décidait dans ce cas qu'aucun fret ne serait dû.

n° 9 § 5; Bruxelles, 27 mai 1848 (*D. P.* 1848, 2, 182); Rouen, 19 nov. 1862 (*J. M.* 1863, 2, 44). — *Contrà* Bédarride, n° 776; Paris, 10 fév. 1830 (*S.* 1830, 2, 324); Marseille, 4 juillet 1832, Bordeaux, 20 juin 1860 (*J. M.* 12, 1, 165, et 38, 2, 159).

III. *Le fréteur doit rendre les marchandises dans l'état où il les a reçues.*

Pour atteindre ce but, qui est du reste dans les obligations de tout commissionnaire de transport, la loi et les usages ont assujetti le capitaine à prendre certaines mesures ou précautions, que le danger des expéditions maritimes rendait absolument nécessaires, et dont ne pouvait dès lors abandonner l'accomplissement au plus ou moins de diligence du fréteur. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 229 du Code de commerce *le capitaine répond de tout le dommage qui peut arriver aux marchandises qu'il aurait chargées sur le tillac de son vaisseau, sans le consentement par écrit du chargeur*, ce qui revient à dire, en d'autres termes, qu'il ne doit pas charger dans de pareilles conditions. C'est ainsi encore qu'il doit suivre dans la disposition des facultés de son chargement certaines règles techniques, dont l'ensemble constitue ce qu'on appelle dans le langage du métier, *l'arrimage et fardage des marchandises.*

Ces deux points méritent de nous arrêter quelques instants.

Le premier a donné lieu à une discussion intéressante, sur la question de savoir s'il faut assimiler les marchandises emplacées dans le *rouf* ou la *dunette* (*) à celles chargées simplement sur le pont ou le tillac, et la doctrine, ainsi que la jurispru-

(*) La *dunette* ou le *rouf* est une petite construction élevée sur le pont du bâtiment, dans laquelle on loge d'ordinaire, soit les hommes de l'équipage, soit les agrès du navire.

dence se sont sous ce rapport divisées ; dans le sens de l'assimilation, Bédarride n° 412, Marseille 15 mai 1829; cpr. aussi Rouen 12 fév. 1864, et Marseille 14 nov. 1866 (*J. M.* 10, 1. 108, 1864, 2, 182; 1867, 1, 23). *Contr.* de Fresquet, *op. cit.* p. 75; Bordeaux, 13 janv. 1841 ; Marseille 13 fév. 1856 ; cpr. Marseille 8 janv. 1855 (*J. M.* 20, 2, 117; 33, 1, 119; 34, 1, 67. — Dalloz, *Répert. loc. cit.*, n° 397). Quelles que soient les raisons de douter, et nous accordons volontiers que par suite des transformations que subit chaque jour la construction des navires, et en présence de la variété des espèces, ces raisons peuvent devenir sérieuses, nous n'hésitons pas à nous rallier à la première opinion, non-seulement parce que la loi ne distingue pas, mais surtout parce que ce mode de chargement est trop anormal, trop en dehors des usages reçus, ainsi que des prévisions des parties contractantes, pour aller en quelque sorte de soi. La *dunette* ou le *rouf* ne sont pas, commercialement parlant, le navire, et ce qui le prouve, c'est que ces dépendances ne sont pas *a priori* comprises dans un affrètement même total (voy. *supra* p. 100 et sq.) On oppose à cela, il est vrai, que ce que la loi a voulu prohiber, c'est le chargement *sur couverte*, qui est plein de dangers, et non pas celui *sous couverte*, lequel, qu'il soit ou non effectué dans les flancs du navire, protége également la marchandise. On ajoute qu'on peut bien mettre des facultés dans le *rouf* ou la *dunette*, du moment qu'on y loge des hommes, dont la vie est plus précieuse que la cargaison la plus riche. Mais il est facile de répondre à ce second motif d'abord, que si on loge des hommes dans la dunette, c'est qu'ils le veulent bien, tandis qu'il s'agit ici d'un chargement opéré en dehors de l'adhésion de l'affréteur. Le premier motif est plus spécieux, sans tenir au fond davantage. La loi n'a pas parlé *in terminis* du chargement *sur couverte*, mais du chargement *sur le tillac*; que si maintenant ce mode de charge-

ment n'a été prohibé que par suite des dangers spéciaux qui s'y attachaient, et si ces dangers sont moindres lorsque le chargement est *sous couverte*, ce qui ne saurait être nié, ils sont cependant encore assez réels et assez persistants, et la différence avec l'emplacement dans le navire lui-même est trop profonde, pour que les deux choses puissent ainsi être assimilées, et que la même dénomination leur soit applicable.

Ceci observé, il va sans dire que la prohibition n'existant que dans l'intérêt de l'affréteur, il appartient à celui-ci de la lever par son consentement exprès; et c'est ce qu'indique l'article 229, en exigeant ici comme presque partout en matière maritime, un écrit. Nous ne saurions donc approuver la doctrine de certaines décisions du tribunal de commerce de Marseille et de la Cour d'Aix, qui, en dehors d'un écrit, fait résulter le consentement, de la présence de l'affréteur ou de son préposé à bord, au moment où s'effectue le chargement; *sic* Marseille, 19 déc. 1836; Aix, 11 août 1840 et 12 mai 1860 (*J. M.* 16, 1, 202; 20, 1, 8; 1861, 1, 40). C'est là ouvrir la porte à la controverse, car si les faits dont s'agit paraissent assez significatifs dans le sens d'un consentement tacite, d'autres le seront beaucoup moins; cette signification pourra elle-même être déniée, et la question de preuve, et de preuve testimoniale, se posera immédiatement, ce que la loi a voulu éviter; en ce sens Marseille 14 avril 1853 (*J. M.* 31, 1, 272). Du reste pas n'est besoin d'un acte spécial, une simple clause du connaissement suffit; *sic* aussi Rouen, 12 fév. 1864 précité; Marseille 13 mars 1872 (*J. M.* 1872, 1, 109).

Nous n'avons pas à insister longtemps sur l'exception que la loi fait elle-même à sa règle, en ce qui concerne le *petit cabotage*. Cette exception se comprend de soi, et rentre très-bien dans l'esprit général de la législation en ces matières (voy. *suprà* p. 73 et sq.); les dangers de la navigation ne sont pas ici assez grands,

ou assez prolongés, et d'autre part les conditions du transport, en l'état de la différence des embarcations et de l'infériorité des prix, y sont trop profondément modifiées, pour qu'on pût sans inconvénient maintenir la règle (*). Il dépend toutefois des parties de revenir par une convention spéciale au principe, et tel nous paraît être le sens de la clause que les marchandises seront chargées *sous couverte* ou *sous le franc tillac*; *sic* Marseille 20 déc. 1816, 20 déc. 1829, 5 déc. 1834, 20 nov. 1835, Rouen 23 janv. 1850, Marseille 8 déc. 1865 (*J. M.* 15, 1, 219 et 355; 29, 2, 5; 1866, 1, 60). Les décisions contraires des tribunaux de commerce du Havre et de Bordeaux, en date des 12 et 17 juillet 1855 (*ibid.* 33, 2, 118 et 34, 2, 13), reposent sur une fausse appréciation de l'art. 229; il est évident en effet que règle et exception sont écrites au point de vue de l'intérêt privé de l'affréteur, et non à celui des pouvoirs généraux du capitaine.

Quoi qu'il en soit, en se plaçant dans l'exception prévue par la loi, une difficulté pourrait s'élever sur le sens des mots *petit cabotage*. Les règlements modernes, à la différence des anciennes ordonnances, n'ont plus distingué entre *le grand et le petit cabotage*; et la seule distinction qui se trouve faite aujourd'hui au sujet de la navigation maritime, est celle qui résulte du décret du 20 mars 1852, et qui est rapporté t. I, p. 564 et sq. En l'état faut-il, interprétant la disposition de l'art. 229, l'entendre soit du cabotage en général, soit au contraire du simple *bornage*? l'un et l'autre de ces deux partis seraient également arbitraires, car en somme le décret de 1852 n'a statué qu'au

(*) Les auteurs du projet de 1865 avaient cependant adopté l'idée contraire, et fait de la disposition de l'art. 229 1er alin. une règle absolue; mais cette innovation avait soulevé les réclamations de la plupart des chambres de commerce; voy. notamment *Observations de la chambre de commerce de Marseille*, p. 19.

point de vue des conditions de nomination de capitaine. Il s'ensuit qu'à d'autres points de vue la distinction subsiste encore, et doit être suivie, dans les termes où elle a été faite par l'ancienne ordonnance du 18 octobre 1740, art. 4 (voy. Valin, t. I, p. 283 et 376).

Ceci ne constitue du reste qu'un pur détail, qu'un point tout-à-fait particulier dans les obligations du capitaine, par rapport aux facultés du navire. Celui-ci répond en plus et d'une façon générale, de l'*arrimage* et *fardage*, c'est-à-dire de la bonne et intelligente disposition des marchandises, ainsi que de leur conditionnement extérieur. Cette obligation est essentielle, et, à vrai dire, elle comprend tout. C'est ainsi que la loi ne se fût-elle point expliquée sur le point spécial qui forme la disposition de l'art. 229, on aurait pu voir, ainsi que l'ont fait du reste certaines décisions judiciaires, dans le chargement sur le pont (et notamment dans la dunette), un défaut d'arrimage, et rendre de ce chef le capitaine responsable ; cpr. Havre 30 janvier 1860 (*J. M.* 38, 2, 136). Il est donc intéressant de savoir en quoi consiste, à proprement parler, cette obligation, ce qu'elle comprend, ce qu'elle laisse au contraire en dehors de ses termes.

Arrimer, dit M. Caumont dans un article de son dictionnaire, remarquable par la richesse des développements et l'habile mise en œuvre des documents fournis par la jurisprudence, *c'est distribuer convenablement et placer avec solidité dans l'intérieur du navire les diverses marchandises qui composent la cargaison*. De cette idée générale découlent les conséquences suivantes :

1° Le capitaine n'a pas à s'assurer, et par conséquent ne saurait répondre du conditionnement intérieur de la marchandise ; ceci échappe forcément à son action, et ne saurait dès lors con-

cerner que l'affréteur lui-même; *sic* Marseille 14 juin 1832; cpr. aussi Marseille 29 août 1860 (*J. M.*, 14, 1, 193, 28, 1, 254);

2° Mais il a en sens inverse à s'assurer, et partant il répond, en principe, de l'état extérieur; et sa responsabilité ne disparaîtrait même pas devant ce triple fait : *a.* qu'il s'est conformé aux règles ordinaires en matière d'arrimage, *b.* qu'il a confié l'opération à des hommes du métier, appelés *arrimeurs-jurés*, *c.* que l'arrimage a eu lieu en présence et avec le concours de l'affréteur. On peut dire en effet, dans le sens de la première solution, que les règles dont s'agit n'étant écrites dans aucun texte de loi, leur application ne saurait en principe être obligatoire pour lui; c'est là une question de plus ou de moins, et c'est à lui à se diriger d'après la nature de son chargement et les risques inhérents à chaque espèce de marchandises. Le second point ne saurait davantage faire difficulté, car les arrimeurs n'étant que ses préposés dans l'accomplissement d'un devoir qui lui est personnel, leur fait devient forcément le sien, et il en répond, sans qu'il puisse même s'affranchir de cette responsabilité par une clause formelle de son *connaissement* ou de sa *charte-partie*. La troisième idée pourrait paraître plus douteuse, car la présence et le concours de l'affréteur semblent équivaloir à une ratification des faits du capitaine. On ne l'a jamais cependant considéré ainsi, parce que le capitaine est souverain maître à bord, parce qu'il est plus à même que l'affréteur de diriger l'opération, et que c'est à lui dès lors à ne pas l'accepter dans les conditions où elle est faite, si elle lui paraît défectueuse, et de nature à porter atteinte à la sûreté des marchandises. Ces divers points ont été consacrés par une jurisprudence à peu près constante; voy. Rouen, 14 déc. 1820 et 9 oct. 1817; Marseille, 24 août 1846, 3 sept. 1841, 13, 18, 26 nov. et 16 déc. 1845, 17 mai 1850, 28 janv. 1852; Rouen,

22 août 1855; Marseille, 3 mars 1856, 20 août 1860, 10 nov. 1862, 24 avril 1866; Bordeaux (trib.), 5 mai 1871; Marseille, 21 déc. 1874 (*J. M.* 9, 2, 110; 16, 1, 81; 21, 1, 13; 25, 1, 23, 25 et 128; 29, 1, 330; 31, 1, 73; 33, 2, 45; 34, 1, 99; 38, 1, 285; 1862, 1, 316; 1866, 1, 174; 1873, 2, 37; 1875, 1, 79); cpr. cependant Marseille 4 sept. 1840, 2 fév. 1855, 10 avril 1861 (*ibid.* 20, 1, 136; 33, 1, 55; 1861, 1, 125).

3° Les frais d'arrimage sont, sauf convention contraire, à la charge du capitaine, *sic* Marseille 28 avril 1830 (*ibid.* 11, 1, 204).

4° Le capitaine est obligé de produire à son arrivée un certificat de *bon arrimage*, et, à défaut, de faire constater lui-même cet arrimage par expert en présence du consignataire, sous peine d'être rendu de plein droit responsable des avaries survenues à la marchandise. Est-ce à dire cependant qu'il y ait là une présomption absolue, à l'encontre de laquelle on ne puisse pas faire la preuve contraire? Non certes, et cela pour deux motifs : 1° parce que cette obligation d'arrimage n'est pas textuellement écrite dans la loi, et puise seulement sa source dans la responsabilité générale du capitaine par rapport à la marchandise (art. 222), ce qui en somme comporte une certaine latitude, relativement aux mesures à prendre; 2° parce qu'il peut être survenu des événements de mer tels, que la cause de l'avarie en soit par là-même établie. Il y a mieux, c'est qu'en l'état même d'un arrimage défectueux, si ces événements de mer s'étaient produits, une ventilation devrait être faite entre les deux intéressés, ou soit leurs assureurs, à l'effet de répartir équitablement entre eux le dommage éprouvé; il est probable en effet dans ce cas que les deux causes ont contribué à l'avarie, et le *consulat* du capitaine ferait foi sous ce rapport comme sous tous les autres. Ces diverses solutions sont encore généralement admises, elles ne sont du reste qu'une application

rigoureuse des règles générales du droit; voy. en plus des décisions ci-dessus citées, Marseille 30 mars 1829, 28 avril 1837; Rouen 30 janv. 1843, Marseille 13 janv. et 13 mars 1843, 26 sept. 1844, 26 mars 1845, 26 juillet 1849, 15 avril, 31 mai et 17 juin 1850, 21 fév. 1855, 8 avril 1859, 18 janv., 15 et 28 nov. 1861, 6 et 14 janv., 8 juillet, 13 août, 22 oct., 13 nov. 1863, Aix 2 mars 1864, Marseille 3 mars 1864, 10 avril 1866, 27 juillet 1870 (*J. M.* 10, 1, 132; 17, 1, 85; 22, 2, 65; 22, 1, 129 et 132; 23, 1, 331; 24, 1, 189; 28, 1, 242; 29, 1, 210, 225 et 353; 34, 1, 75; 37, 1, 159; 1861, 1, 32 et 295; 1863, 1, 32, 194, 248, 313 et 341; 1864, 1, 130 et 195; 1866, 1, 165, et 1870, 1, 250).

Une question plus délicate serait celle de savoir si, en présence d'un bon arrimage dûment constaté, une présomption inverse existerait en faveur du capitaine, de telle sorte que ce fut au chargeur à prouver la faute contre lui? Cette solution semble être la juste contre-partie de celle précédemment donnée, pour le cas d'arrimage vicieux. Elle doit cependant, selon nous, être écartée; les articles 222 et 230, conformes en cela au droit commun en matière de transport (cpr. art. 98 et 103 Cod. Com.) posent un principe absolu, savoir la responsabilité du capitaine, en ce qui concerne les marchandises à lui confiées, et la justification par celui-ci d'un cas fortuit ou de force majeure, s'il veut faire disparaître cette responsabilité. Le certificat de bon arrimage ne saurait à lui seul modifier cette situation, parce que encore une fois la loi ne l'a pas prévu et n'a pu dès lors y attacher aucun effet. Il s'ensuit donc qu'en dehors d'un sinistre de mer dûment justifié, le capitaine reste forcément responsable, et tous les certificats de bon arrimage n'y peuvent rien; ils ne constitueront tout au plus qu'un élément d'appréciation, absolument soumis au pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Quant aux événements de mer qui peuvent faire disparaître la responsabilité du capitaine, ce n'est pas ici le lieu de les indiquer, la matière se trouvant plus naturellement placée, et l'ayant été en effet par la loi au titre des *Assurances*. Il est cependant un de ces risques qui a fait naître des difficultés, c'est l'*incendie*, et l'on s'est demandé ce qui devait être présumé ici, du cas fortuit ou de la faute du capitaine. Si nous nous trouvions en matière d'*assurance*, la solution ne serait pas difficile, (bien qu'ici encore une certaine hésitation se soit produite), l'article 350 rangeant expressément le *feu* parmi les risques dont répondent les assureurs. Mais *quid* dans notre hypothèse, c'est-à-dire en ce qui concerne les rapports du capitaine et des chargeurs? La jurisprudence s'est d'abord prononcée contre le capitaine, en obligeant celui-ci, dans le cas où il voudrait faire tomber sa responsabilité, à préciser dans son rapport la cause particulière qui aurait donné naissance au sinistre, et on pourrait en effet invoquer à l'appui de cette opinion une disposition en apparence très-directe et très-catégorique de la loi civile, celle de l'art. 1733 relative au louage des immeubles; en ce sens, cass. 4 janv. 1832, Aix 11 juillet et Marseille 22 oct. 1833, Douai 18 fév. 1841, Cass. 20 fév. et Rouen 3 mai 1844 (*J. M.* 12, 2, 59 ; 13, 1, 273 et 385; 21, 2, 133; 23, 2, 97 et 102).

Nous aurions beaucoup de peine à nous rendre à cet avis; l'art. 1733 du Code civil doit d'abord être écarté du débat, non-seulement parce qu'il appartient à une législation d'un caractère absolument opposé au droit maritime, mais surtout parce que la situation qu'il prévoit et régit ne présente avec la nôtre qu'une analogie très-incomplète. L'article n'est que l'application de la fameuse règle *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*, c'est-à-dire qu'il a sa base et sa raison d'être dans l'usage et la jouissance de la chose louée. Tel n'est pas le

cas du capitaine qui n'est que dépositaire de la chose confiée à ces soins, et qui n'en répond qu'à l'occasion du transport. Nous restons donc entièrement sous l'empire des principes, et des principes particuliers au droit maritime. A ce point de vue, l'art. 350 dicte lui-même la solution, le feu ne pouvant avoir un caractère différent, suivant qu'il s'agit du capitaine ou de l'assureur ; car si le premier a la garde de la chose, et si comme tel on pouvait le rendre responsable de l'incendie, sauf justification de sa part d'un cas de force majeure, la situation est la même pour l'assuré ou son préposé dans leur rapport avec l'assureur (cpr. art. 351, 352 et 353 cod. com.); et la solution adoptée dans un cas devait forcément être étendue à l'autre. Or cette solution nous savons ce qu'elle est en matière d'assurance; elle est contraire à l'idée précédemment émise; force nous est donc de la transporter en matière d'affrétement. C'est l'opinion à laquelle tend de plus en plus à incliner la jurisprudence; *sic* Rouen 13 juin 1848, Aix 11 déc. 1865, Havre 30 déc. 1867, Aix 21 août 1872, Havre 26 août 1873 (*Ibid.* 28, 2, 25; 1866, 1, 129; 1869, 2, 37; 1873, 1, 60; 1874, 2, 163).

Le *fardage* n'est qu'une variété de l'arrimage; il consiste à placer sous ou entre les diverses facultés de la cargaison certaines matières étrangères, de façon à éviter les avaries résultant de la pression ou de l'entrechoquement. Le capitaine, à moins de circonstances exceptionnelles, comme celle par exemple où l'affréteur aurait fourni lui-même le fardage, est responsable à ce point de vue, comme à celui de l'arrimage en général, et par conséquent les mêmes solutions doivent en principe, et sans y rien changer, être ici adoptées; voy. Marseille 8 avril 1836, 29 nov. 1837, 9 mars 1846, 13 sept. 1849 ; cpr. aussi 15 mai 1864 (*J. M.* 16, 1, 97; 17, 1, 88; 25, 1, 290; 28, 1, 290, 32, 1, 141). Quelquefois ce sont des marchandises du charge-

ment elles-mêmes qui servent de fardage aux autres; on conçoit alors qu'en retour des risques particuliers qui dérivent de ce mode de transport, elles bénéficient d'une réduction sur le fret; et c'est en effet ce qui a toujours lieu; voy. notamment Marseille 15 oct. 1863 (*ibid.* 1863, 1, 305).

En supposant maintenant qu'il y ait avarie ou déficit dans le rendement de la marchandise, il reste encore à déterminer le chiffre exact du préjudice éprouvé, à l'effet de limiter à sa juste mesure la responsabilité du capitaine. Ceci serait chose facile, si l'on avait la certitude que la marchandise a été embarquée à à l'état sain, et dans de bonnes conditions de conservation; il suffirait de dégager la valeur de ce même objet à l'état avarié, au moyen d'une vente ou d'une expertise, et de faire la différence. Mais le plus souvent il n'en est pas ainsi; la chose a quelquefois subi déjà un premier transport, et s'en trouve plus ou moins endommagée; dans tous les cas le capitaine, en présence de caisses ou de ballots hermétiquement fermés, n'a guère le moyen de s'assurer du véritable état de la marchandise. De là la possibilité de certaines fraudes à l'encontre de l'armement. C'est pour éviter ces abus, et ramener la situation des parties à ce qu'elle doit être équitablement, que l'usage s'est introduit dans la pratique d'insérer dans le connaissement la clause *tel quel* ou *que dit être*, ou bien encore *qualité et poids inconnus* en vertu de laquelle le capitaine n'accepte que sous réserve la déclaration du chargeur relativement à l'état ou à la qualité de la marchandise, et par conséquent rejette sur celui-ci le fardeau de la preuve en cas de contestation (*). Les recueils judiciaires,

(*) C'est le même motif qui a fait admettre en matière de transport ordinaire, la distinction, aujourd'hui généralement acceptée, des *avaries apparentes ou non apparentes*.

et surtout les recueils spéciaux foisonnent des applications de cette clause, et en indiquent avec la plus grande netteté le véritable sens. Le capitaine n'est dispensé, par la réserve spéciale dont s'agit, que de la justification de l'état ou du rendement intérieurs; mais il doit toujours répondre, en vertu des règles de l'arrimage, du conditionnement extérieur, et le mauvais état de ce conditionnement constituerait de sa part une faute caractérisée.

Les clauses *franc d'avarie* ou *de coulage* ont une portée analogue; elles laissent toujours subsister la responsabilité naissant de la négligence ou de l'impéritie; leur effet se borne à écarter la présomption établie par l'art. 230 et à intervertir, sous le rapport de la preuve, la situation des parties. On peut du reste sur tout ceci consulter utilement les recueils de Marseille ou de Nantes, dont les décisions sont trop nombreuses pour pouvoir être ici rapportées.

Nous n'avons plus, pour terminer avec ces diverses obligations du fréteur, qu'à étudier la double question de *garantie* et de *prescription*. Nous ne rappelons du reste la première que pour mémoire, l'art. 280, qui affecte le navire et les marchandises à l'exécution de la convention des parties, n'étant, sous une autre forme, que la répétition de l'art. 191 11°, et par conséquent devant être entendu de la même façon que celui-ci; voy. t. I, p. 115 et sq. La seconde au contraire est entièrement neuve, et elle se dédouble suivant qu'il s'agit de *prescription proprement dite* ou de *fin de non-recevoir*.

La prescription spéciale à la matière est celle réglée par l'article 433, dont la disposition, en ce qui nous concerne, porte que *est prescrite toute demande en délivrance des marchandises, un an après l'arrivée du navire*. Et les raisons qui, ici encore, ont fait établir un délai si court se trouvent très-nette-

ment indiquées par Valin, sur l'article correspondant de l'Ordonnance : *Cette prescription ou fin de non-recevoir*, dit-il, *est d'autant plus naturelle, qu'il n'est pas vraisemblable que le porteur d'un connaissement laisse passer un an depuis l'arrivée du navire, sans demander au maître ou au capitaine la délivrance des marchandises contenues dans le connaissement. En tout cas, il doit s'imputer sa négligence, et le capitaine, pour obtenir sa décharge, n'a besoin que d'opposer la fin de non-recevoir*, N'ÉTANT PAS JUSTE DE L'OBLIGER DE PROUVER APRÈS L'AN QU'IL A RÉELLEMENT ET DE FAIT DÉLIVRÉ LES MARCHANDISES... C'EST BIEN ASSEZ ET PEUT ÊTRE MÊME TROP QU'UN CAPITAINE SOIT OBLIGÉ PENDANT UN AN DE CONSERVER LA PREUVE QU'IL A REMPLI SON ENGAGEMENT (Valin, t. I, p. 317).

De l'ensemble de ces considérations, ainsi, du reste, que du texte même de la loi, il résulte qu'aucune des trois obligations que nous avons mentionnées comme étant à la charge du fréteur, ne tombe expressément sous l'application de l'article. Cela est indiscutable pour les deux premières, et de fait la difficulté ne s'est jamais élevée; cela est vrai aussi de la troisième, (bien qu'il y ait eu ici un peu plus d'hésitation) et un arrêt important de la Cour suprême a formellement consacré ce point; voy. cass. 1er juin 1870 (*J. M.*, 1871, 2, 223, et *D. P.* 1870, 1, 306 et 307). Il s'ensuit donc que l'action en dommages-intérêts qui serait intentée, soit pour substitution indûment faite d'un navire à un autre, soit pour inexécution du transport suivant les conditions arrêtées, soit même pour avarie survenue à la marchandise, ne serait régie que par la prescription trentenaire. Ce résultat n'est guère en harmonie avec l'esprit général qui a inspiré la disposition de l'art. 433 et des articles précédents (cpr. t. I, p. 487), et nous ne comprenons pas qu'en 1865, lors du projet de refonte, on n'ait point eu la pensée de généra-

liser la règle. En l'état cette solution est commandée par les motifs spéciaux que nous venons d'indiquer.

Mais dans ces limites, la prescription annale nous paraît devoir s'appliquer, qu'il s'agisse 1° d'une véritable demande en délivrance intentée par le consignataire, ou d'une action en reddition de compte, exercée par le chargeur ; le but est en effet le même, et dans les deux cas il s'agit d'une prétention relative à la délivrance des marchandises, sans quoi il serait trop facile, ainsi que l'observe justement M. Bédarride (t. v, n° 1961), de tourner la règle de la loi (*) ; 2° d'une action en dommages-intérêts pour défaut de délivrance totale ou partielle (comme en cas de déficit dans les quantités rendues), ou d'une demande directe en livraison de la marchandise. Dans la première hypothèse, en effet, l'indemnité prend la place de la chose, et le caractère de l'action reste forcément le même. Ceci a cependant fait difficulté en ce qui concerne les marchandises vendues en cours de voyage pour les besoins du navire, conformément aux dispositions des art. 234 et 298 (voy. Dalloz, *Répert. Dict. loc.*, n° 2267), mais à tort. Il importe peu, en effet, lorsque la marchandise n'est pas représentée, par suite d'un fait imputable au capitaine, que ce fait soit licite ou illicite ; ceci ne peut avoir d'effet qu'au point de vue du droit à des dommages-intérêts ; mais le caractère de l'action n'en saurait être modifié, et s'il y a lieu en principe, par suite de la subrogation réelle que nous avons mentionnée, d'appliquer la disposition de l'article au défaut de délivrance, comme à la délivrance elle-même, on ne voit pas pourquoi cette règle souffrirait exception

(*) Il s'ensuit, par voie de conséquence, que le point de départ du délai sera toujours celui indiqué par la disposition, c'est-à-dire le jour de l'arrivée du navire, et non celui du retour au port d'expédition ; voyez cependant Rouen 31 mai 1825 (*J. M.* 6, 2, 161).

ici ; en ce sens Marseille 21 mars 1832 (*J. M.* 12, 1, 204) ; *sic* aussi Bédarride, n° 1963.

Une réserve nous paraît cependant devoir être faite à cette doctrine, dans le cas spécial prévu par l'art. 298 *in fine*, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le navire aurait péri après la vente des marchandises, et c'est précisément à propos de cette hypothèse qu'a été rendu l'arrêt de cassation du 24 mai 1830, sur lequel on a voulu étayer l'opinion ci-dessus rapportée. Il est facile de comprendre en effet que le point de départ du délai ne se rencontrant pas ici, la prescription spéciale dont s'agit disparaît par cela même, et il ne reste plus de place que pour la prescription trentenaire ; voy. t. I, p. 491 des observations analogues.

Le seul point qui pourrait faire naître le doute, touchant l'application de cet article 433, est relatif au cas où, soit d'une façon indue (cpr. art. 292), soit en vertu d'accords intervenus entre le chargeur et le capitaine, la marchandise aurait été embarquée sans connaissement ? Ne faut-il pas dire dans ce cas que le destinataire n'ayant pas été avisé légalement de l'envoi qui lui est adressé, la prescription ne saurait courir contre lui, conformément à la règle *adversus non valentem agere* ? Le tribunal de commerce de Marseille, dans une décision assez récente, a adopté cette manière de voir, combattue à l'origine par Valin, et aujourd'hui encore repoussée par M. Bédarride ; Marseille 9 mars 1871 (*J. M.* 1871, 1, 113) ; Valin, *loc cit.*, Bédarride n° 1959. Nous ne pouvons que nous ranger à ce dernier avis, et cela non-seulement parce que le consignataire a dû être prévenu par le *manifeste d'entrée* de l'arrivée des marchandises (cette raison donnée par nos maîtres nous paraît tout-à-fait insuffisante), mais surtout parce que c'est sans distinction que la loi a établi sa fin de non-recevoir, se bornant à viser d'une façon générale le véritable intéressé, et que le consignataire ne saurait

avoir, en matière d'affrétement, une situation différente de celle du chargeur. C'est donc au premier, dans le cas où il a ignoré en fait l'expédition, et où, par suite, il aurait involontairement laissé écouler le délai, à exercer un recours tel que de droit contre le second. Mais le capitaine ne saurait être atteint par une situation que le plus souvent il n'a pas créée, et dont il n'a nullement, dans tous les cas, accepté cette conséquence extrême et abusive.

Nous n'avons pas à revenir ici sur les causes de suspension ou d'interruption de la prescription. Ceci a été sommairement indiqué déjà t. I, p. 489 et sq.; nous ne pouvons dès lors que nous référer aux explications qui y sont fournies, en mentionnant de plus un jugement du tribunal de Marseille du 3 octobre 1866, qui donne catégoriquement raison à ces observations, en ce qui concerne particulièrement l'interruption; voy. *J. M.* 1867, 1, 69.

La loi a établi à l'encontre de l'affréteur, et en plus de la prescription, une *fin de non-recevoir* très-rigoureuse, résultant du défaut 1° de protestation dans les vingt-quatre heures à dater de la réception; 2° d'ajournement en justice dans le délai d'un mois (art. 435 1° et 436 cod. com.). Nous n'avons pas à déterminer ici, et d'ores et déjà, les conditions d'application de ces articles; la règle a une portée qui dépasse considérablement notre matière, et l'explication s'en trouvera mieux placée dans une étude d'ensemble, au sujet des *Avaries*. Il est un point cependant que nous devons traiter, parce qu'il intéresse particulièrement notre contrat, et met en question, par rapport à lui, l'applicabilité de la règle tout entière; c'est celui de savoir si en cas de deux transports successifs, l'un terrestre, l'autre maritime, il y a lieu aux déchéances des art. 433, 435 et 436, ou seulement à la prescription de l'art. 108, relatif aux commissionnaires de transport en général. La Cour de cassation, dans

deux arrêts importants, dont un rendu toutes chambres réunies, a adopté la première solution, par rapport à une espèce où le transport terrestre avait précédé le transport maritime; voir Cass. 24 janv. 1870 et 22 juillet 1873 (*D. P.* 1870, 1, 101; *J. P.* 1873, 977, et *J. M.* 1874, 2, 12). Mais dans l'hypothèse inverse, la Cour d'Aix vient de se prononcer en sens contraire, et il n'est pas douteux que cette disparité de situation n'ait été pour beaucoup dans la décision de la Cour. Voy. Aix 29 décembre 1875 (inédit); cpr. Marseille 20 juillet 1864 et 15 juin 1865 (*J. M.* 1864, 1, 249 et 1865, 1, 241).

Quoi qu'il en soit la question est complexe, elle présente pour nous les trois points suivants à examiner et à décider : 1° faut-il appliquer distributivement les *prescription* et *fin de non-recevoir* particulières à chaque espèce de transport, suivant que l'avarie se sera produite pendant l'un ou l'autre des deux trajets, ou bien l'unité de contrat doit-elle entraîner l'unité de règle, et cette règle doit-elle alors être celle qui régit les commissionnaires de transport en général? 2° dans le cas de la première solution, y a-t-il à distinguer suivant que le trajet terrestre précède ou non la traversée maritime; 3° à défaut d'indication sur l'époque à laquelle l'avarie s'est déclarée, que faut-il présumer?

Le premier point ne me paraît pas devoir faire l'objet d'un doute sérieux. Il est évident, à première vue que l'unité du contrat n'empêche pas qu'il n'y ait ici deux transports successifs à effectuer, deux transports d'une nature et d'un réglementation différentes, et à chacun desquels on ne saurait dès lors, sans violer la loi, refuser l'application des dispositions particulières qui le régissent. Les tribunaux de commerce de la Seine et de Versailles, dans deux décisions cassées par la Cour suprême (arrêts précités), avaient cependant admis l'idée contraire, et ils

en avaient conclu qu'il n'y a lieu d'appliquer ici que la déchéance portée en l'art. 108, attendu 1° que la fin de non-recevoir des art. 435, 436 n'est écrite spécialement qu'en faveur du capitaine, et 2° que le fût-elle en faveur de l'armateur, elle ne saurait en l'espèce lui profiter, parce que, par l'unité même d'expédition, il joue au contrat le rôle d'un véritable commissionnaire de transport, et tombe dès lors sous l'application des règles qui régissent les commissionnaires de transport en général. Mais ce sont là autant d'erreurs; il est manifeste d'abord que si le capitaine figure seul dans la disposition des articles 435, 436, c'est en sa qualité générale de représentant de l'armement, et parce qu'il concentre en quelque sorte en lui toutes les actions du navire. La fin de non-recevoir se trouve profiter en réalité au propriétaire, qui est le véritable intéressé; ce serait donc une anomalie qu'elle ne pût pas être directement opposée par lui. La seconde idée n'est pas davantage fondée ; nous l'avons combattue déjà t. I p. 624, en ce qui concerne la responsabilité des faits du capitaine, et l'abandon du navire et du fret qui en est le correctif; il nous suffira donc de renvoyer aux considérations présentées à ce sujet. Le fait que la même personne se charge ici de deux transports à la fois n'est pas de nature à modifier cette conclusion; tout ce qui pourra en résulter, c'est l'application, quant au transport terrestre, des règles qui régissent ce genre d'opérations; mais ceci ne peut avoir pour conséquence de transformer d'une façon générale la qualité de l'agent, et d'en faire, à tous les points de vue un véritable commissionnaire, soumis uniquement aux dispositions des art. 96 et sq. du Code de commerce.

Nous concluons donc en dernière analyse, qu'il y a lieu d'appliquer séparément les règles particulières à chacun des transports effectués, et suivant que l'avarie se sera produite sur mer

ou sur terre, d'invoquer ou non la fin de non-recevoir des articles 435-36, ainsi que la prescription de l'art. 433.

Cette solution ne présente guère de difficultés (et ceci nous sert de transition à notre second point) au cas où le trajet maritime a suivi le transport terrestre. Le destinataire se trouvant ici en face d'un capitaine de navire, aura tout naturellement l'idée de protester dans les vingt-quatre heures et d'agir en justice dans le mois, et par là tous les droits se trouveront sauvegardés. C'est précisément sur cette situation qu'ont statué les deux arrêts de cassation précités, dont nous ne pouvons qu'approuver et les considérants et le dispositif. Le seul tempérament qui nous paraitrait devoir être admis à cette doctrine, a trait au cas où il serait acquis que l'avarie a été déterminée par le transport terrestre; dans cette hypothèse, la fin de non-recevoir des art. 434-36 n'aurait plus de raison d'être, et on ne saurait faire un grief, soit à l'expéditeur, soit au destinataire, de ne pas s'être conformé à la disposition de ces articles.

Mais *quid* du cas inverse, c'est-à-dire celui où c'est le transport terrestre qui a suivi le transport maritime? Devra-t-on obliger ici encore le consignataire à remplir les mêmes formalités? Nous le croyons, si dure que paraisse cette solution, par suite du peu de pratique que pourra avoir le réceptionnaire de ces matières, et des erreurs involontaires auxquelles il sera exposé. La conséquence est forcée cependant; la partie intéressée se trouvant toujours en présence de deux natures distinctes de transports, et agissant à l'occasion du transport maritime (nous supposons toujours que la provenance de l'avarie est certaine), doit par cela même se conformer à toutes les conditions de forme qui régissent ce dernier genre d'expédition. Il sera rare, du reste, que dans une pareille circonstance le consigna-

taire ne soit pas prévenu par une lettre d'avis des formalités qu'il aura à remplir à l'effet de sauvegarder tous les droits.

La Cour d'Aix a cependant jugé le contraire (arrêt précité), et décidé que la prescription de l'article 108 était seule applicable, attendu 1° que l'entrepreneur de transport maritime, en l'espèce la compagnie des Messageries, s'était chargée également d'un transport par terre; 2° que ce transport avait été le dernier effectué. Nous n'avons pas à revenir sur ce deuxième motif, qui, ainsi que nous venons de le démontrer, ne peut modifier en rien la solution. Quant au premier, il repose sur une confusion ; la compagnie des Messageries ayant effectué ou fait effectuer (ce qui est la même chose), un transport terrestre en même temps qu'un transport maritime, était régie par la disposition de l'art. 108, aussi bien que par celle des art. 435-36, mais à une condition c'est qu'il fût établi que l'avarie était survenue en cours de transport terrestre, et comme une conséquence de ce transport, ce qui en l'espèce était le contraire de la vérité. La doctrine de la Cour d'Aix nous paraît revenir, par une voie détournée, à la théorie de l'unité de contrat, repoussée avec raison par la Cour suprême, parce qu'elle aboutit en effet à confisquer l'une des expéditions au profit de l'autre, et à appliquer la disposition de loi à des faits qu'elle ne doit pas légalement régir.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la cause de l'avarie était connue, et sa relation avec l'un ou l'autre des deux trajets établie ; c'était le cas des espèces sur lesquelles ont statué les arrêts ci-dessus mentionnés. Mais *quid* dans la situation inverse, situation qui se présentera toujours au début de chaque affaire, et avant que les justifications nécessaires soient apportées? En faveur de qui et de quoi existera la présomption? Nous croyons qu'une distinction essentielle doit sous ce rapport être

faite, suivant que ce sera contre l'entrepreneur qui s'est chargé en bloc du transport à effectuer, que l'action sera dirigée, ou bien seulement contre l'intermédiaire, qu'il s'est substitué pour la dernière partie du trajet. Dans le premier cas, la responsabilité générale étant établie (puisque tout commissionnaire répond des faits de son préposé), ce sera à lui, suivant qu'il invoquera telle déchéance plutôt que telle autre, à prouver que l'avarie est survenue pendant le cours du transport auquel se référera la déchéance invoquée ; c'est l'application la plus directe et la plus incontestable de la règle *reus excipiendo fit actor*. Au cas contraire, comme le préposé n'est tenu qu'à l'occasion de son transport personnel, c'est dans les délais afférents à ce dernier mode de transport qu'il faudra agir, et l'alternative indiquée plus haut n'existera plus. Ce n'est pas que lui aussi ne puisse constituer au regard du consignataire, une sorte de *contradicteur légitime*, répondant pour qui de droit ; mais comme ce n'est qu'à l'occasion de son transport personnel, que cette responsalité se produit, il s'ensuit toujours que c'est dans les limites de ce dernier transport que l'action doit être intentée.

B. — *Obligations de l'affréteur.*

Les obligations de l'affréteur, à l'inverse de celles du fréteur, ne sont qu'au nombre de deux, savoir : 1° charger dans le délai voulu ; 2° payer le fret ou prix de transport.

§ I. — OBLIGATION DE CHARGER DANS LE DÉLAI VOULU.

Nous n'avons pas à revenir sur ces délais de chargement, appelés vulgairement, comme on sait, *jours de planche ou de starie*, et dont la fixation, à défaut d'accords des parties, est entièrement abandonnée aux usages locaux (voy. *suprà* p. 88). Il faut nous placer maintenant dans la double hypothèse où cette obligation serait ou ne serait pas accomplie, et nous demander, dans le premier cas, comment se prouverait cette exécution, dans le second, quelles seraient les conséquences résultant de l'inaccomplissement.

Sur le premier point la réponse est facile; il est un acte dont nous avons déjà signalé (*suprà* p. 73), en même temps que l'emploi universel, l'extrême importance; c'est le *connaissement* ou reconnaissance donnée par le capitaine des marchandises à lui remises. L'art. 222 fait au capitaine une obligation de délivrer ce connaissement; ce sera donc, en ce qui concerne le chargement, l'acte justificatif tout indiqué, celui dont la pertinence ne saurait un instant être récusée. Mais il est évident que ceci n'est exclusif d'aucun des autres modes de preuve, et à défaut de connaissement, le fait du chargement, ainsi que les conditions y relatives, pourraient être prouvés par des pièces analogues, telles que permis d'embarquement ou autres (*). Pour-

(*) Un jugement du tribunal de commerce de Marseille, en date du 17 nov. 1856 (*J. M.* 34, 1, 326), n'est pas contraire à cette doctrine, car il s'y agissait d'abord de la preuve, non du chargement, mais de l'affrétement lui-même ; de plus le billet qui était produit, ne portait la signature, ni du capitaine, ni du courtier qui était supposé avoir négocié le contrat, mais d'un de ses employés ! Un pareil acte était donc forcément insuffisant.

raient-il l'être par témoins? L'hésitation sous ce rapport est permise; l'esprit général de la loi a été en effet de proscrire la preuve testimoniale en matière maritime. Cela ne résulte pas seulement des dispositions fondamentales, celles qui ont trait aux contrats principaux et usuels que font naître la navigation; la règle se trouve encore répétée, au sujet d'autres conventions plus accessoires portant sur des points de détail, et pour la constatation desquels la nécessité d'une preuve écrite ne semblait pas s'imposer au même degré; cpr. art. 218, 220 et 229 Cod. com.

Nous croyons cependant devoir nous rallier à la solution contraire. On remarquera qu'il ne s'agit pas ici d'une convention intervenue entre le chargeur et le capitaine, de si minime importance ou considération qu'on veuille la supposer, mais d'un simple *fait*, celui du chargement, fait dont l'affréteur a pu être dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, par suite, soit de l'absence du capitaine, soit du retard apporté par celui-ci à la signature du connaissement. L'admissibilité de la preuve testimoniale s'impose donc de soi; elle est l'application directe, soit de la grande règle de l'art. 109, soit même des principes reconnus en matière civile (art. 1348 Cod. civ.). En En ce sens Marseille 29 janv. 1872 (*J. M.* 1872, 1, 63); cpr. Marseille 26 janv. 1864 (*ibid.* 1864, 1, 64).

Supposons maintenant que l'acte réglementaire du connaissement ait été dressé, et voyons en, en même temps que les *conditions de forme internes ou externes, les effets,* c'est-à-dire les conséquences que la loi y a attachées, sous le double rapport de la preuve et du fonds du droit.

En ce qui concerne les énonciations dont l'acte doit se composer, nos explications ne sauraient être longues, l'art. 281, qui constitue la disposition organique en cette matière, se bor-

nant à reproduire dans leur ensemble les indications contenues dans l'art. 273. Il y a cependant entre les deux dispositions une nuance, qu'il importe de bien saisir et mettre en lumière, parce qu'elle donne le sens de certaines différences de détail, dont on ne se rend pas d'abord un compte exact. La charte-partie ne se propose que d'indiquer le transport à faire, et les conditions dans lesquelles ce transport doit s'effectuer; elle n'a pour objet que de régler les rapports du fréteur et de l'affréteur. Le connaissement se préoccupe en plus de la situation d'une tierce personne, le réceptionnaire ou consignataire, et s'attache dans ce but à déterminer le plus exactement possible la chose transportée. De là les différences suivantes : 1° tandis que l'art. 273 se borne, en ce qui concerne l'indication des parties intéressées, à exiger *les noms du fréteur et de l'affréteur*, l'article 281 porte en plus *le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite*; et lorsqu'on pense aux droits que confère aujourd'hui le connaissement, alors surtout qu'il est *à ordre,* on ne peut qu'approuver cette exigence de la loi (*), car c'est elle qui communique au titre sa plus grande utilité; 2° tandis que la première de ces deux dispositions ne contient aucune énonciation relative à la chose transportée, l'art. 281 exige d'abord que le connaissement exprime la *nature et la quantité, ainsi que les espèces ou qualités* (**) *des objets à transporter*, et d'autre part qu'il présente en marge les *marques et numéros* de ces mêmes objets. Preuve évidente de ce fait que le législateur s'est proposé avant tout de

(*) L'Ordonnance était du reste conforme sur ce point.

(**) Il ne faudrait pas se méprendre sur le sens de ce mot de *qualité*, dont l'insertion dans le texte de loi a fait du reste difficulté, lors des travaux préparatoires du Code. Cela ne veut pas dire que le connaissement doive exprimer la qualité bonne ou mauvaise de la marchandise, car le capitaine ne peut être garant de rien sous ce rapport, attendu qu'il ne répond pas, ainsi que nous avons eu l'occasion de le répéter déjà, du

déterminer le plus exactement possible la marchandise, à l'effet de faire du connaissement la représentation même de cette marchandise, et par là un instrument de crédit pour le commerce. C'est par suite de la même idée que le connaissement peut être *à ordre* ou *au porteur*, en même temps qu'*à personne déterminée*; plus en effet la faculté de transmission sera grande, plus le crédit attaché au titre se développera, plus il revêtira ce caractère international que M. Cresp a accusé d'une façon si saisissante. Nous n'avons pas à insister en ce moment sur cette forme particulière du connaissement, et préciser les conséquences remarquables qui en dérivent; la seule observation que nous tenions à faire *hic et nunc*, c'est que la loi, en établissant que le connaissement pouvait être *au porteur* comme *à ordre* ou *à personne dénommée*, a tranché ici une question qui a fait doute ailleurs, en ce qui concerne (pour ne parler que des matières maritimes), soit les *billets de grosse*, soit les *polices d'assurance*. Nous reviendrons en temps et lieu sur cette question, et nous aurons certainement à l'éclairer par la disposition si formelle et si concluante de l'art. 281.

Ces particularités signalées, les énonciations des deux titres, sauf de légères et insignifiantes différences dans les termes, se confondent; ce qui se comprend de reste, le connaissement ajoutant le plus souvent à son utilité propre, celle qui résulte de la charte-partie, et remplaçant celle-ci dans la plupart des cas. Nous n'avons donc sur ce point qu'à nous référer aux explications ci-dessus données, en ce qui a trait, soit au sens particu-

conditionnement intérieur; cela signifie seulement que le titre doit énoncer en plus du *genre*, *l'espèce particulière* de la chose transportée, de telle sorte que si c'est du vin, on indique qu'il s'agit de *Bordeaux*, plutôt que de *Bourgogne*, et de tel cru plutôt que de tel autre. Ceci est en effet essentiel, en cas de faute du capitaine pour fixer le chiffre de l'indemnité.

lier de telle ou telle énonciation déterminée, soit aux conséquences résultant de l'omission de l'une d'entre elles. Une explication est cependant nécessaire, au sujet de la *signature* des parties contractantes; il n'est pas douteux qu'en ce qui concerne la *charte-partie*, et malgré le silence gardé sur ce point par l'article 273, cette signature ne soit indispensable des deux côtés, attendu que la charte-partie constitue en principe un acte sous seing privé, et implique d'autre part un engagement réciproque de tous les contractants. Mais *quid* quant au connaissement? ce connaissement n'est en la forme qu'un reçu dé- délivré par le capitaine des marchandises à expédier, une sorte de reconnaissance de l'embarquement; il semble dès lors que la signature du chargeur n'a aucune raison d'être ; que lorsqu'elle est donnée, elle toute de surérogation, et dans tous les cas que l'absence de cette signature ne saurait vicier le titre ; et telle est, je crois, la solution qu'il faudrait adopter, dans le cas où le procès se circonscrirait entre le chargeur et le capitaine, et où il se bornerait à une question de responsabilité de la part de celui-ci ; *sic* Cass. 8 nov. 1832 (Dalloz *Rep.*, v° cit., n° 847, *J. M.*, 13, 2, 78). Mais dans toutes les autres hypothèses il n'en serait plus ainsi, soit que la question s'agîtât encore entre chargeur et capitaine, soit qu'elle s'élevât dans les rapports du premier avec ses assureurs ; et c'est en vue de ces hypothèses, des complications d'intérêts qu'elles présentent, du rôle particulier que le connaissement y joue, qu'a été écrite (les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point) la disposition de l'art. 282 disant que *les quatre originaux du connaissement seront signés* PAR LE CHARGEUR *et par le capitaine, vingt-quatre heures après le chargement.* Nous considérons donc comme mal rendu un arrêt par lequel la Cour d'Aix a jugé, à la date du 30 août 1833, dans un procès contre assureurs, qu'un connaissement n'est pas nul parce qu'il ne

porte que la signature du capitaine, et non celle du chargeur (J. M. 13, 1, 289).

Les formes extrinsèques du connaissement, étant donné le caractère de l'acte tel qu'il vient d'être déterminé, se réduisent à fort peu de chose. On peut cependant faire entrer dans cet ordre d'idée la formalité du quadruple original dont il est parlé en l'art. 282 (*). Nous nous sommes déjà, et à maintes reprises, reporté à cecte disposition si remarquable de la loi, soit pour en signaler la raison d'être, soit pour en tirer argument, en ce qui concerne l'application de la formalité des doubles aux matières maritimes (voy. t. I, p. 261 et sq. et *suprà* p. 51 et sq.). Nous devons dès lors considérer ces divers points comme acquis. La seule remarque que nous ayons à ajouter est relative à la mention du nombre des doubles sur chaque original ; bien que cette mention ne soit pas exigée par l'article, il n'est pas douteux qu'elle ne soit de rigueur, non-seulement parce que cela est conforme à la disposition réglementaire de l'art. 1325 Code civ., mais surtout parce que c'est dans la force des choses. Comment en effet s'assurer que le connaissement a été rédigé avec le nombre d'exemplaires voulus, si chaque exemplaire ne mentionne pas ce point ? En ce sens Bédarride n° 691.

La loi aprévu l'hypothèse où tous les originaux du connaissement ne seraient pas conformes, et elle a décidé que le double qui se trouverait entre les mains du capitaine ferait foi contre le

(*) L'Ordonnance (liv. III, tit. II, art. 3), se contentait d'un triple exemplaire, et le projet de 1865 était revenu à cette législation, en supprimant le *double de l'armateur*. Mais cette innovation n'avait pas reçu, et avec raison, l'approbation générale. (Voy. *Observations de la Chambre de commerce de Marseille*, p. 36 et 37). L'exemplaire de l'armateur est en effet aussi essentiel que les autres, ne fut-ce que pour servir de base aux règlements de compte qui interviendront entre le capitaine et lui, au sujet des frets perçus.

chargeur, dans le cas où il aurait été rempli de sa main ou de celle de son commissionnaire (et il faut ajouter par argument *a fortiori*, de son commis), et *vice versa* (art. 284). Mais cette disposition, très-sage du reste en ce qu'elle aboutit à opposer à chaque intéressé son propre témoignage, suppose pour son application, ou que les exemplaires ont été remplis par des personnes différentes, ou, s'ils l'ont été de la même main, que l'original détenu par l'autre partie est défavorable à la prétention du rédacteur. C'est en vue en effet de cette situation qu'ont statué deux jugements du tribunal de commerce de Marseille, en date des 19 mai 1856 et 16 mai 1860, et qu'ils ont appliqué la règle (*J. M.* 34, 1, 182, et 38, 1, 234). Mais il n'en serait plus ainsi du cas plus rare où l'exemplaire qui se trouverait entre les mains du capitaine donnerait raison au chargeur, et *vice versa*; les deux témoignages se neutraliseraient alors l'un l'autre, la question sortirait des termes de l'article 284, et devrait se vider suivant toutes les données de la preuve en général.

Ceci dit, arrivons aux *effets du connaissement*. Il résulte sous ce rapport des explications précédemment fournies que le connaissement doit être envisagé à un double point de vue, comme mode de preuve du chargement (et quelquefois de l'affrétement lui-même), et comme titre représentatif de la marchandise.

Au premier point de vue, le seul dont la loi se soit occupée ici, l'art. 283 contient une dérogation remarquable aux principes : *le connaissement*, y est-il dit, *rédigé dans la forme ci-dessus prescrite, fait foi entre toutes les parties intéressées au chargement, et entre elles et les assureurs* (cpr. art. 383). Cette règle, que rendaient nécessaire les errements du commerce, et qui était admise, même en l'état du silence des textes, sous l'empire de l'Ordonnance, n'en est pas moins de sa

nature très-exceptionnelle, puisqu'elle étend à des tiers les effets d'un acte auquel ils sont demeurés complétement étrangers. Aussi la loi n'attribue-t-elle cette force probante qu'au connaissement régulier, sauf dans le cas inverse, à l'assuré à justifier du chargé par tous autres moyens de preuve à sa disposition (*), et encore admet-elle l'assureur à faire la justification contraire, s'il y a lieu (art. 384). La chose du reste allait en quelque sorte de soi, et la différence de situation qui existe, suivant qu'il s'agit des rapports de chargeur à capitaine, ou d'assureur à assuré, était tout indiquée ; cpr. Marseille 18 fév. 1873 (*J. M.* 1873, 1, 130).

Mais les effets les plus singuliers du connaissement ne se produisent pas à ce point de vue ; c'est comme titre représentatif de la marchandise, en d'autres termes comme symbolisant entre les mains de celui qui le détient l'objet transporté lui-même, que cette pièce mérite surtout qu'on s'y arrête, et qu'on en étudie l'exacte et complète signification. Le législateur, ainsi que nous en avons fait l'observation ci-dessus, ne s'est guère placé ici dans cet ordre d'idées ; on pourrait cependant en trouver le germe dans la double disposition des art. 282 et 285, le premier qui prescrit de faire un double du connaissement pour *celui à qui les marchandises sont adressées*, le second qui indique les conditions moyennant lesquelles la livraison pourra avoir lieu. La loi a été, il est vrai, beaucoup plus nette ailleurs, et a très-expressément statué à ce point de vue (cpr. art. 92 et 576 Cod. com.). Mais c'est là une simple indication jetée en passant ; c'est à la pratique qu'il appartient

(*) Ce tempérament ne saurait faire l'ombre d'un doute, car d'une part l'art. 283 constitue *un droit* en faveur de l'assuré, et non *une obligation*; et d'autre part l'art. 383, qui est sur ce point la disposition véritablement réglementaire, se sert de termes autrement larges que ceux du nôtre.

d'avoir, par application ou interprétation des règles de la *lettre de change*, véritablement déterminé à ce point de vue les effets du connaissement, surtout du connaissement *à ordre*, le plus usité de tous.

Toute la matière se résume sous ce rapport dans la triple question de savoir : 1° si le porteur du connaissement a droit à la délivrance de la marchandise; 2° à quelles conditions; 3° en quelle qualité.

Le premier point est tout tranché par la combinaison des deux art. 282 et 285 dont il vient d'être parlé; l'essentiel est de connaître à quelles conditions cette délivrance doit avoir lieu. L'art. 285 en indique lui-même une, celle consistant à donner reçu au capitaine des marchandises délivrées. C'est le cas de dire avec le droit romain : *nihil tam naturale est, eodem modo quidque dissolvere quo colligatum est.* Un précédent reçu avait constaté la remise des marchandises au capitaine, un autre constate la délivrance; la responsabilité s'éteint donc en vertu du même procédé qui avait servi à la faire naître. En fait ce reçu consiste en une sorte d'acquit mis au dos du connaissement par le réceptionnaire, qui passe le tout au capitaine, en retour de la marchandise à lui délivrée (*).

Une autre condition ne doit-elle pas s'ajouter à celle-ci, au cas où il y aurait, en ce qui concerne la consignation, pluralité d'exemplaires, et le réceptionnaire ne serait-il pas tenu, à l'effet de se faire délivrer la marchandise, de représenter tous les exemplaires souscrits?

Le projet de 1865 avait prévu la difficulté, et l'avait tranchée en créant d'abord des numéros, et en donnant ensuite au n° 1, un droit de préférence. Mais ce système avait sou-

(*) Le capitaine use lui-même d'un procédé analogue, en ce qui concerne le paiement du fret.

levé de la part des chambres et des tribunaux de commerce des réclamations très-fondées qui l'auraient sans doute fait rejeter, si le projet était venu à jour. En l'état, la question est entière ; mais à notre avis la solution ne saurait être douteuse, et cette solution doit être empruntée à la *lettre de change*, par les règles de laquelle le connaissement, par suite de la clause *à ordre*, se trouve forcément régi. Or il résulte sous ce rapport des articles 147 et sq. Cod. com., que, lorsque une lettre de change a été souscrite en plusieurs exemplaires : 1° le porteur doit en principe représenter tous les exemplaires, s'il veut être payé, à moins que chaque exemplaire ne porte la mention que le paiement fait sur lui n'annule tous les autres (art. 147) ; 2° dans le cas contraire le porteur ne peut obtenir qu'un paiement provisoire, sur ordonnance du juge et en donnant caution (art. 151); 3° si tous les exemplaires se trouvaient perdus, le porteur devrait en plus justifier de sa propriété par ses livres (art. 152).

L'application de ces règles se fait d'une façon mathématique en quelque sorte au connaissement, et pas n'est besoin d'y insister.

Nous devons enfin pour mémoire indiquer une troisième condition, celle consistant à acquitter le prix du fret concurremment avec le chargeur, et solidairement en quelque sorte avec lui. Mais comme ceci a trait à la seconde obligation de l'affréteur, il convient de renvoyer *dicto loco* les développements nécessaires sur ce point.

Il ne nous reste plus qu'à nous demander à quel titre le connaissement donne droit à la délivrance des marchandises, c'est-à-dire en quelle qualité le réceptionnaire vient prendre livraison ; si c'est en qualité de consignataire simple, ou bien de propriétaire, et dans le cas où on admettrait un droit de propriété, si ce droit comporte une préférence, à l'égard de quiconque.

La question est, comme on le voit, complexe ; elle présente deux aspects différents, suivant qu'on l'envisage dans les rapports du chargeur et du consignataire, ou dans les rapports de celui-ci avec tous les ayants-droit du premier.

Au premier point de vue, une distinction essentielle s'impose, suivant que le connaissement est ou non *à ordre*. Si le connaissement n'est pas *à ordre*, la question de propriété ou de consignation doit se trancher d'après les règles ordinaires (art. 109), ce qui revient à dire que la propriété ne doit pas se supposer, et que c'est au réceptionnaire à l'établir, s'il entend s'en prévaloir; conf. Marseille 10 août 1827 (*J. M.* 9, 1, 335). En cas de connaissement *à ordre* (*), la situation se trouve régie par les articles 136, 137 et 138 Cod. com.; ce qui conduit aux applications suivantes : 1° le connaissement est par lui-même translatif de propriété, 2° cette propriété serait de nouveau transférée par un endossement régulier en la forme, 3° l'endossement irrégulier ne vaut, ici comme ailleurs, que comme procuration. Mais il va de soi que toutes ces conséquences ne devraient être acceptées que sous la réserve d'une justification contraire. Ceci est à peu près admis, nonobstant certaines divergences, en matière de *lettre de change*, malgré la rigueur apparente des art. 136 et 138; *à fortiori* doit-il en être ainsi dans notre cas, où en somme l'application des textes précités n'est pas forcée, et pour lequel on ne peut guère invoquer que la raison d'analogie. En ce sens Marseille 27 févr. 1843, cass. 1er mars et Amiens 29 juillet 1843; Marseille 24 janv. 1845, 25 juillet 1849, cass. 17 août 1859 et 13 janv. 1862, Marseille 31 mars 1865, Aix 31 mars 1865, cass. 7 août 1867 (*J. M.* 22, 1, 164; 22, 2, 50 et 177; 24, 1,

(*) Et il faudrait réputer tel celui qui porterait que *la marchandise sera consignée à tel destinataire ou à qui pour lui*, ou contiendrait toute autre formule analogue. Il y a là en effet, sous une autre forme, la clause *à ordre* ; voy. cp. Marseille 11 mai 1860 (*ibid.* 38, 1, 228).

119; 28, 1, 225; 37, 2, 167; 1862, 2, 82; 1865, 1, 55 et 147; 1869, 2, 125. *D. P.* 1859, 1, 347).

La question est plus délicate en ce qui concerne les rapports du consignataire avec les ayants-droit du chargeur. En principe cependant la propriété se transfère ici de la même façon que pour l'expéditeur lui-même; toutes les fois donc que la question se maintiendra dans ces termes, sans complication d'autres droits prétendus, elle devra se résoudre d'après les règles et suivant les distinctions précitées. C'est ainsi que le réceptionnaire pourra se faire délivrer la marchandise, nonobstant toutes oppositions pratiquées par les créanciers du chargeur; c'est ainsi encore que, par application du second alinéa de l'art. 576 Cod. com., il paralysera le droit de revendication exercé par un vendeur précédent non payé (*); voy. Marseille 24 janv. 1845. Arg. cass. 1er mars et Amiens 29 juillet 1843, Marseille 25 juillet 1849 sus-visés. Mais la difficulté sera plus grande, et la situation se compliquera forcément, lorsque les tiers, sans s'attaquer en principe au droit du réceptionnaire, prétendront un privilége

(*) Ceci pourrait tout d'abord paraître plus douteux, car l'art. 576 exige expressément, pour que la revente tienne en échec le droit de revendication de l'expéditeur, qu'elle soit faite sur *factures*, *connaissements* ou *lettres de voiture*; et nombre de décisions ont jugé que ces deux conditions étaient substantielles. Nous croyons cependant qu'il y aurait ici exagération à s'en tenir à la lettre même de la loi. Lorsque le connaissement est à ordre, il arrive à tel point à symboliser la marchandise, que l'emploi d'une facture devient complétement inutile; c'est une véritable *lettre de change* dont la marchandise expédiée forme la *provision*. L'application de l'art. 576 cesse donc forcément pour ce cas, bien que la disposition soit conçue en termes généraux. C'est une des hypothèses où la force de l'usage et les besoins du crédit commercial arrivent, non pas à abroger une règle de la loi écrite, mais à la plier à leur exigence, et à l'appliquer dans son esprit plutôt que dans son texte. Voy. cep. Cass. 13 janv. 1862 précité; Havre 4 avril 1871 (*J. M.* 1872 2, 174).

plus favorable du chef de l'affréteur. C'est ce qui arrivera 1° lorsque le chargeur se sera fait faire des avances sur les marchandises expédiées, 2° lorsqu'il aura fait traite sur le consignataire pour la valeur présumée desdites marchandises. Ces hypothèses sont délicates, par suite de l'opposition des intérêts qui sont ici en jeu, et méritent dès lors d'être sérieusement examinés.

Il faut distinguer entre le cas où les avances, ainsi que la souscription de la traite, ont été accompagnées de la remise du connaissement et la double hypothèse contraire. Dans cette dernière situation qui est la plus simple, et dont nous devons dès-lors parler en premier lieu, il n'est pas douteux que le destinataire, propriétaire ou non, ne passe avant ses deux rivaux, et qu'il ne puisse par préférence à eux se faire délivrer la marchandise. D'une part en effet le bailleur de fonds n'est pas saisi de la chose dans les termes de l'art. 92 2e alin. Cod. com.; c'est le destinataire lui-même qui se trouve tout au moins dans ce cas (*). D'un autre côté le porteur de la traite ne saurait être admis à revendiquer les marchandises comme *provision* de sa lettre de change; car le connaissement n'étant pas là pour déterminer cette provision, c'est-à-dire pour affecter spécialement la marchandise au paiement de la traite, il n'y a, suivant les termes du droit commun, représenté par l'art. 116 Cod. com., d'autre provision que la créance générale du tireur sur le tiré, c'est-à-dire de l'expéditeur sur le destinataire. Et si cette créance, par suite de la balance des comptes ou de la faillite du débiteur, se trouve réduite à zéro, la provision disparaît du même coup. La jurisprudence paraît conforme à ces données; en

(*) Nous disons *tout au moins*, parce que si le connaissement est *à ordre*, le destinataire devra être réputé propriétaire, suivant les règles ci-dessus exposées.

ce sens Aix 26 juillet 1866, Rouen 14 fév. 1867, Marseille 20 juin 1870, Cass. 26 nov. 1872; Marseille 19 juin 1874 (*J. M.* 1866, 1, 264; 1870, 1, 202; 1874, 2, 28; 1875, 1, 105. — *D. P.* 1868, 2, 13 et 1872, 1, 137).

La situation sera tout autre, on le comprend, lorsque la double opération ci-dessus mentionnée aura été suivie de la remise du connaissement représentatif des marchandises. En principe, cependant, privilége ou droit de propriété passent, dans cette hypothèse, soit au bailleur de fonds, soit au porteur de la traite, par application de l'article 92 Code de commerce ou de la règle générale de l'art. 1692 Cod. civ. Et il importerait peu sous ce rapport que le connaissement ainsi remis fut ou non à ordre, et que endossement en eût été ou non régulièrement passé en faveur du bénéficiaire; car le connaissement ne figure pas ici comme un véritable effet de commerce, ayant en quelque sorte une existence à part, mais comme simple représentation de la marchandise; *sic* Aix 18 déc. 1858; cpr. aussi cass. 17 août 1859 précité (*J. M.*, 37, 1, 49). *Contr.* Marseille 28 fév. 1861 et 11 oct. 1871 (*ibid.* 1861, 1, 94 et 1871, 1, 249). Il n'y aura de difficulté véritablement sérieuse qu'au cas où les deux doubles du connaissement afférents à l'expéditeur et au destinataire, se trouveraient entre les mains de deux porteurs distincts, venant en vertu des mêmes droits et par application des mêmes règles. Le jugement du 11 oct. 1871 précité décide formellement dans ce cas que préférence est due au consignataire (et par suite au tiers-porteur de son chef), attendu que *lorsque un connaissement est à l'ordre d'une personne dénommée, cela implique que c'est à cette personne que la marchandise doit être délivrée; que celui dès lors qui reçoit ce connaissement avec l'énonciatian d'un pareil ordre, n'a pas le droit de la changer, et de se faire délivrer la marchandise à lui-même*, etc. Nous sommes en principe partisan de la solu-

tion contraire; cela nous paraît tout acquis, lorsque la question s'agite entre le tiers-porteur de la traite et du connaissement, du chef de l'affréteur, et le consignataire lui-même; car si celui-ci a droit à la livraison des marchandises, c'est contre remboursement du prix, et par suite acquittement de la traite représentative de ce prix (*). Cela sera vrai encore lorsque le conflit s'élèvera entre les deux tiers-porteurs, celui de l'affréteur et celui du consignataire; la marchandise formant en effet la provision de la lettre de change, se trouvera, suivant la doctrine générale, appartenir à celui en faveur de qui la première traite aurait été souscrite; ce ne sera plus qu'une question de priorité.

B. *Quelles sont les conséquences du défaut de chargement dans le délai voulu*, ou pour mieux dire *du retard dans le chargement?*

Nous avons indiqué déjà, p. 89 ci-dessus, que le fréteur avait droit à une indemnité supplémentaire, appelée, suivant les cas, *surestarie* ou *contre-surestarie*. C'est le lieu maintenant de pénétrer davantage dans cette matière, qui est en quelque sorte d'application journalière, et qui ne laisse pas, en l'état du défaut de réglementation légale sur ce point, de présenter certaines difficultés.

Disons tout d'abord que le principe de l'indemnité lui-même ne saurait être un instant contesté; à défaut du droit commun qui veut que toute partie qui n'exécute pas ses obligations soit passible de dommages-intérêts, sauf justification par elle d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1147 Cod. civ.), le Code

(*) Il est vrai que ce prix pourra se trouver payé d'avance par suite de la balance des comptes établis entre le chargeur et le destinataire. Mais c'est à celui-ci à prendre alors ses précautions, et à se faire remettre tous les exemplaires du connaissement.

de commerce contient ici, à l'instar de l'Ordonnance de la marine (*), une disposition spéciale, portant expressément que *si le navire est arrêté au départ, pendant la route, ou au lieu de sa décharge* PAR LE FAIT DE L'AFFRÉTEUR, *les frais de retardement sont dus par l'affréteur* (art. 294). Cette observation a son importance, car on pourrait induire de ce que l'affréteur a le droit de rompre le contrat en payant le demi-fret (article 288), qu'il lui serait loisible, en prenant après coup ce parti, de faire disparaître les surestaries par lui encourues à raison du retard qu'il aurait mis à charger. Le bon sens indique en effet que la résolution dont il est question en l'article 288 ne saurait être prise (du moins en ce qui concerne les conditions portées en cet article), que tout autant que les choses sont encore entières, c'est-à-dire avant l'expiration des jours de planche. Si elle l'est après, les surestaries restent dues quoi qu'il arrive. En cas d'exécution du contrat, elles le seraient comme conséquence de ce contrat, comme une sorte d'accessoire du fret; la convention étant résiliée, elles le sont encore, par application des art. 1382 et 1383 Cod. civ.; il n'y a de changé que la cause seule de l'obligation. En ce sens, Marseille 14 oct. 1861 (*J. M.* 1861, 1, 276); cpr. Valin sur l'art. 9, liv. III, tit. III de l'Ord., t. I, p. 649.

Mais si l'ombre d'un doute ne saurait s'élever sur ce point fondamental, d'autres au contraire ont fait plus de difficulté, et la matière présente, d'une façon générale, les trois questions suivantes à décider : 1° les *surestaries* et *contre-surestaries*

(*) Il y a cependant entre les deux textes une légère différence, en ce que le premier ne parle que de retard *pendant la route ou dans le lieu de décharge*, tandis que le second vise en plus le cas où le navire se trouverait arrêté *au lieu de départ*. Mais cette différence est plutôt dans les mots que dans les choses, ce qui implique que, lors de la rédaction du Code, la disposition ait été modifiée, sans qu'il reste trace des motifs qui ont déterminé cette modification.

constituent-elles pour l'affréteur un droit en même temps qu'une obligation, en d'autres termes le capitaine est-il obligé, moyennant l'acquittement de l'indemnité qui lui est due, d'attendre que l'affréteur ait chargé, ou est-il libre de mettre à la voile, après l'expiration des jours de planche, en faisant payer le vide pour le plein; 2° dans quel cas et à quelles conditions les *surestaries* sont-elles dues; 3° *quid* des *contre-surestaries?*

Relativement à la première question, un cas très-fréquent du reste, doit tout d'abord être réservé, celui où la convention des parties se serait très-nettement expliquée sur la difficulté, où il aurait été dit, par exemple, que l'affréteur a droit à un nombre déterminé de jours de *staries* et de *surestaries*, après quoi le capitaine sera libre de mettre à la voile. Dans cette situation deux solutions nous paraissent incontestables: 1° le capitaine est obligé d'attendre la fin des surestaries pour partir, sauf acquittement entre ses mains de l'indemnité convenue; 2° il peut partir après; il est encore obligé de le faire, même en ce qui concerne l'affréteur avec lequel les accords dont s'agit ont été pris, en ce sens, qu'à moins de circonstances exceptionnelles, telles que l'espérance ou la prévision d'un chargement prochain, des *contre-surestaries* ne lui seraient pas dues. Voy. en ce sens Aix 9 juillet 1854, 8 août 1861, 26 août 1865, Marseille 5 mars et Aix 27 juillet 1874 (*J. M.* 32, 1, 214; 1862, 1, 75; 1866, 1, 155; 1874, 1, 137; 1875, 1, 192).

Mais *quid* dans l'hypothèse contraire? Doit-on considérer dans ce cas les *surestaries* comme une sorte d'indemnité à forfait, moyennant le paiement de laquelle le capitaine est en quelque sorte obligé d'attendre indéfiniment? On ne saurait l'admettre un seul instant, et énoncer une pareille proposition, c'est la réfuter. Indépendamment de l'intérêt des autres chargeurs du même navire (et il y en a le plus sou-

vent, les chargements *à cueillette* étant les plus fréquents et les plus nombreux), la considération de l'armement dicterait à elle seule cette solution; le capitaine peut avoir en effet à des époques fixées d'avance des engagements à remplir, de l'inexécution desquels ne le dédommageraient dès lors ni les *surestaries* ni les *contre-surestaries* payées par l'affréteur. Les quelques décisions qui ont touché à ce point se sont expressément ou implicitement prononcées en ce sens, sous la condition d'une mise en demeure préalable de l'affréteur, ce qui ne saurait faire difficulté; *sic* Marseille 28 sept. 1831, 19 mai 1848, 10 mai 1867 (*ibid.* 13, 1, 87; 28, 1, 46; 1867, 1, 205). La seule objection qui puisse être faite à ce système, c'est qu'il rend peut-être inexplicable la clause d'usage dont il a été ci-dessus parlé. Mais outre que cette clause est autant écrite dans l'intérêt du chargeur, que dans celui du capitaine, et par conséquent suppose chez celui-ci la faculté de lever l'ancre après l'expiration des jours de starie, il est à remarquer, qu'en ce qui concerne le capitaine en particulier, il n'était pas sans utilité de mettre son droit hors de doute par une stipulation formelle, à l'effet d'éviter des malentendus et les dissentiments qui ne manquent jamais de se produire sur les choses même les plus incontestables.

Ce point éclairci, nous pouvons arriver à la partie principale du sujet, c'est-à-dire à l'indication des cas où il y a lieu à *surestaries*, ainsi que des conditions à l'accomplissement desquelles le droit a été soumis pour son exercice. Au premier point de vue, le principe est qu'il faut que l'affréteur n'ait pas chargé, ou n'ait pas achevé de charger pendant le temps qui lui a été imparti à cet effet. Quel est ce temps? Si la convention l'a déterminé, et l'a déterminé d'une façon précise, en fixant le nombre de jours nécessaires à l'embarquement, pas de difficulté,

sauf peut-être en ce qui concerne la double question de point de départ et de computation du délai à laquelle nous allons revenir. Mais dans ce cas même il pourra arriver que les parties se soient servies d'une formule vague, telle que celle portant de charger *le plus tôt possible*, ou bien encore *sans interruption ni perte de temps*, ou accordant *un délai moral suffisant pour le chargement?* Quoi qu'il en soit nous sommes d'avis ici de la triple solution suivante, qui nous paraît exprimer exactement la vérité juridique : 1° l'affréteur ne saurait être responsable des retards dus à des cas de force majeure, et qui l'ont empêché de mener son opération aussi vivement que possible; 2° il y a lieu d'apprécier le délai employé au chargement d'après le laps de temps nécessaire pour des navires et des embarquements analogues; 3° à l'effet d'éviter des difficultés pour l'avenir, on peut faire déterminer d'avance le délai par le tribunal, qui s'inspirera des raisons que nous venons d'indiquer; voy, en ce sens Bédarride n° 654, Marseille 24 août 1831, 28 mars 1855, 23 mai 1861 ; Aix 1er juillet 1875, Marseille 10 février 1876 (*J. M.* 12, 1, 265; 33, 1, 108; 1861, 1, 230; 1876, 1, 98 et 116).

Lors au contraire que la convention des parties a été muette, la situation change; l'étendue ou la durée du délai ne saurait faire difficulté en présence des usages suivis en cette matière, et auxquels le législateur renvoie lui-même, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (art. 274). Mais des doutes se sont élevés en ce qui concerne d'un côté le point de départ du délai, et d'un autre la computation des jours qui le composent.

Sous le rapport du point de départ du délai, la divergence des opinions n'a pas été cependant bien grande; nous avons indiqué plus haut, p. 87, qu'à défaut de stipulation expresse des parties, la *mise à quai* devait être considérée comme le lieu de charge ou de décharge naturel du navire, et avait été en

effet acceptée comme telle. Tout naturellement aussi on a placé à ce moment le point de départ des jours de planche; la jurisprudence du tribunal de commerce de Marseille est fixée en ce sens (*); voyez les décisions ci-dessus rapportées, et en plus Marseille 5 nov. 1838, 9 janv. 1834, 17 janv. 1842, 9 janv. 1852, 8 juillet 1852, Aix 22 juin 1855, Marseille 14 févr. et 23 avril 1855, 24 oct. 1856, 7 mars 1867 (*ibid.* 14, 1, 142 et 219; 21, 1, 136; 30, 1, 283; 31, 1, 23; 33, 1, 81, 140 et 222; 34, 1, 296; 1867, 1, 144). Ceci souffrirait cependant exception au cas où les nécessités de l'arrimage exigeraient que la marchandise fût placée par le chargeur ou retirée par le consignataire après d'autres. Le bon sens indique en effet que le délai ne court point là où la partie intéressée n'a pas la facilité d'agir; le point de départ sera donc reporté au moment où par l'emplacement des marchandises inférieures, ou l'enlèvement des facultés superposées, chargeur et consignataire pourront procéder à leur opération; conf. 18 août 1834, 13 déc. 1841, 4 déc. 1851 (*J. M.* 15, 1, 130; 21, 1, 205; 30, 1, 347).

La question est autrement délicate, au sujet de la computation des jours composant le délai. Pas de doute cependant pour le premier jour, le *dies à quo*, ce jour n'est pas compris dans le délai, par application de la règle *dies termini non computatur in termino*; tout terme accordé doit être un terme franc; *sic* Marseille 12 fév. 1838, 17 oct. 1850, 13 juillet et 12 oct. 1854, 7 mars 1867 précité (*ibid.* 17, 1, 243; 29, 1, 229; 32, 1, 286 et 292). Mais après cela le délai est-il *continu*, c'est-à-dire s'applique-t-il sans distinction à tous les jours qui entrent dans son

(*) Mais on comprend qu'il en soit différemment ailleurs, et qu'on s'y soit rattaché à ce qu'on appelle *la réception sous palan*; cpr. ci-dessus *dict. loc.* l'observation relative à la place de Nantes.

terme, ou est-il *utile*, c'est-à-dire ne comprend-il que les jours ouvrables? Et encore parmi ceux-ci ne faut-il pas excepter ceux où, par suite de certains cas de force majeure, tels que pluie, bourrasque, etc., il aura été véritablement impossible de charger? La première proposition a depuis longtemps reçu sa solution, et l'on tient que le délai des staries ne comprend que les jours ouvrables, *à l'exception des dimanches et autres jours fériés*; pour qu'il pût s'agir de *jours courants*, il faudrait une clause formelle de la charte-partie ou du connaissement. Et cette donnée est trop conforme aux nécessités du commerce et par suite à l'intention présumée des parties, pour pouvoir être sérieusement discutée ; voy. Marseille 18 avril 1825, 16 janvier 1833, 11 juilet 1834, 12 oct. 1839, 8 févr. et 16 oct. 1844, 30 mars 1847, 4 juillet 1850, 23 sept. 1858, 5 mars et 23 juin 1859, 30 oct. 1860, 30 oct. 1861 (*ibid.* 6, 1, 152; 13, 1, 257; 15, 1, 127; 19, 1, 127; 23, 1, 168; 24, 1, 60; 26, 1, 124; 30, 1, 63; 36, 1, 336; 37, 1, 206; 38, 1, 33 et 298; 1861, 1. 284) (*).

L'accord s'est au contraire beaucoup moins vite fait sur la seconde. On ne peut nier en effet qu'il n'y ait ici en faveur de la suspension du délai des motifs en apparence pertinents, et que les mêmes considérations qui ont fait restreindre le délai aux jours ouvrables, ne doivent également en faire exclure certains autres, ou par suite de cas de force majeure, tels qu'*accidents de la nature, fait de l'administration*, etc., il y aurait eu véritablement impossibilité de charger ou décharger; en ce sens Mar-

(*) Par application de cette idée on a décidé 1° qu'il n'était pas dû de surestaries à raison du 1er janvier, ce jour devant, en vertu d'un usage constant, être compté comme férié; 2° qu'il en est dû à raison des lundi de Pâques ou de la Pentecôte, ces jours n'étant en aucune façon des jours fériés; *sic* Marseille 18 mars 1856, 1er mars 1860, 3 juillet 1862, 1er mars 1869 (*ibid.* 34, 1, 102; 38, 1, 142; 1862, 1, 193, 1866, 1, 133).

seille 27 oct. 1834 (*ibid.* 14, 1, 301). Mais on n'a pas tardé à sentir qu'on tombait par là dans l'arbitraire; que si l'on s'arrêtait à tous les empêchements qui pouvaient suspendre ou entraver l'opération, on arriverait à prolonger indéfiniment le délai, au grand détriment des expéditions maritimes et des intérêts de toutes sortes qui y sont engagés; que c'était à l'affréteur à faire entrer lui-même ces accidents en ligne de compte dans ses prévisions, et à prendre son temps en conséquence. Et alors on a décidé la question en sens contraire; voy. Marseille 17 nov. 1834, 15 juillet 1836, 17 mars 1841, 11 fév. 1842, 21 oct. 1844, 17 oct. 1850, 27 oct. 1852, 14 juin et 12 oct. 1854 précité, 3 janv., 23 fév., 28 mars et 7 nov. 1855, 18 nov. 1857; Aix 21 fév. 1865; voy. aussi Nantes 15 janv. 1868 (*ibid.* 15, 1, 125; 16, 1, 198; 20, 1, 270; 21, 1, 164; 24, 1 68; 29, 1, 222; 32, 1, 50 et 174; 33, 1, 62, 63, 108 et 346; 36, 1, 129; 1865, 1, 45; 1869, 2, 123). Nous ne pouvons qu'approuver cette décision, avec une réserve cependant pour le cas où la violence de la tempête aurait amené un *deradage*, c'est-à-dire aurait momentanément éloigné le navire des côtes; il nous paraît impossible dans cette situation de laisser contre les *surestaries*, la mise à quai, condition première et indispensable du fonctionnement du délai, n'existant plus; conf. Marseille 11 juillet 1834 (*ibid.* 15, 1, 127).

Supposons maintenant que l'affréteur n'ait pas chargé pendant ce laps de temps; cela suffira-t-il pour faire courir les surestaries? Ne faut-il pas en plus une protestation en règle de la part du capitaine, c'est-à-dire une réserve solennelle de tous ses droits, à raison du retard par lui éprouvé? Une distinction nous paraît sous ce rapport devoir s'imposer : ou le nombre des jours de staries et de surestaries se trouve fixé par la charte-partie ou le connaissement, ou il n'a rien été stipulé sous ce rapport, les

contractants s'en étant remis à l'usage pour déterminer les effets de leur convention. Dans le premier cas, les surestaries courent de plein droit, en dehors de toute condition de forme, par le seul fait de l'expiration des jours de planche; c'est l'exécution la plus directe de la convention des parties, en même temps que l'application exacte de la règle de principe de l'art. 1139 Cod. civ. Dans le second, au contraire, comme rien n'indique l'intention des contractants sous ce rapport, le silence du capitaine pourrait s'interpréter dans le sens d'une prorogation de délai, et des réserves sont absolument nécessaires s'il veut faire courir les surestaries, tout comme en droit commun il faut une sommation ou un autre acte équivalent pour donner lieu aux dommages-intérêts (cpr. même art. 1139). Ceci est généralement accepté; voy. dans le sens de la première proposition, Aix 9 juillet 1854 précité, Marseille 1er fév. 1876 (*J. M.* 1876, 1, 1, 121), et dans le sens de la seconde, Marseille 13 juillet 1827, 29 fév. 1840, 4 avril 1845, 19 janv. 1854, 13 fév. et 1er juillet 1857, 19 oct. 1859, Bordeaux 24 fév. 1862, Marseille 16 mai 1873 (*ibid.* 8, 1, 255; 19, 1, 233; 24, 1, 186; 32, 1, 45 ; 35, 1, 40; 36, 1, 100 ; 37, 1, 316; 1862, 2, 27 ; 1873, 1, 222). La forme du reste de cette protestation importerait peu; réserve insérée dans le connaissement ou dans la quittance du fret, signification d'huissier faite directement au chargeur ou au consignataire, acte protestatoire déposé entre les mains des autorités compétentes, ce sont là autant d'équipollents à la disposition du capitaine. Il a été même décidé avec raison que le droit aux surestaries ne serait pas perdu, dans le cas où le capitaine n'aurait pu user d'aucun de ces moyens de protestation, *impossibilium nulla obligatio* ; mais comme ceci est eminemment exceptionnel, il faudrait que l'impossibilité fut bien constatée. En ce sens, Marseille 20 fév. 1837, Aix 24 nov. 1855, Marseille 28 mai 1857, 24 juin 1858 ; cpr. Marseille 17

nov. 1874 (*ibid.* 17, 1, 252; 34, 1, 177; 35, 1, 221; 36, 1, 233; 1875, 1, 39).

Nous n'avons rien à dire du chiffre de l'indemnité lui-même, en d'autres termes du taux des *surestaries*. Ce taux, à défaut de convention contraire, est fixé par l'usage, pour les navires à voiles, à 0,50 cent., et pour les navires à vapeur, en raison du capital plus considérable qu'ils représentent et de l'équipage plus nombreux qui les monte, à 1 fr., par tonneau et par jour; voy. Marseille 7 fév. 1854, 3 déc. 1867, 22 août 1873 et 20 juillet 1874 (*J. M.* 32, 1, 275; 1868, 1, 50; 1873, 304; 1874, 1, 226).

Mais nous devons, pour terminer, ajouter quelques mots, en ce qui concerne les *contre-surestaries*, appelées quelquefois plus exactement *sur-surestaries*. Ces contre-surestaries ne constituent qu'un supplément aux surestaries; elles sont fixées dans l'usage à un quart en sus de la somme convenue pour celles-ci; voy. Mars. 25 juin et Aix 24 nov. 1855, Marseille 24 oct. 1856, 17 mai 1859, 30 sept. 1861, 25 juin 1868 (*ibid.* 23, 1, 224; 34, 1, 177 et 345; 37, 1, 273; 1861, 1, 268; 1868, 1, 260) (*). L'unique question qui puisse dès lors se présenter sur ce point est celle de savoir à quelle condition ces *contre-surestaries* pourront être dues, et, dans certain cas, sur quel chiffre il faut asseoir le quart en sus, taux réglementaire de l'indemnité.

Sur le premier point il y a eu un peu d'hésitation; cependant on en est arrivé assez vite aux deux solutions suivantes,

(*) Cet usage a mis du reste un certain temps à s'établir; on admettait auparavant que le tribunal avait en cette matière un certain pouvoir discrétionnaire; voy. Marseille 16 fév. et 7 mars 1844, 20 janv. 1845, 13 janv. 1847 (*J. M.* 23, 1, 172 et 176; 24, 1, 155; 26, 1, 155). C'est ce qui a encore lieu sur d'autres places de commerce.

qui nous paraissent juridiquement irréprochables : 1° lorsqu'il n'a rien été convenu relativement aux jours de *surestarie*, l'indemnité due au capitaine, à raison du retard éprouvé dans le chargement ou le déchargement, doit être évaluée tout entière aux taux des surestaries, et il n'y a pas lieu dans ce cas à des contre-surestaries ; en ce sens Marseille 12 et 22 mars 1858, 24 nov. 1859, 3 juillet 1862 ; *contr.* 22 janv. 1858 (*ibid.* 36, 1, 115 ; 37, 1, 336 ; 1862, 1, 193 ; 36, 1, 52) ; 2° lors au contraire qu'il a été fixé un certain délai de surestaries, l'excédant doit être payé au taux des contre-surestaries, mais à la condition d'une mise en demeure de la part du capitaine; car son silence, ainsi qu'il a été remarqué ci-dessus, équivaudrait à une prorogation du délai, aux conditions convenues entre les parties ; conf. Marseille 28 fév. 1838 et 23 avril 1855 ; voir cep. Marseille 25 juin 1868 précité (*ibid.* 17, 1, 255 et 33, 1, 140).

Il y a un peu plus de difficulté pour le second point. La question est de savoir, lorsque la charte-partie et le connaissement accordent un certain nombre de jours de surestarie, à un taux inférieur au taux d'usage, sur quel chiffre il faut asseoir le quart en sus, dû pour contre-surestaries, si c'est sur le chiffre d'usage ou bien sur le chiffre conventionnel. Le tribunal de commerce de Marseille semble incliner vers la première interprétation ; voy. 2 juillet 1852, 30 sept. et 30 oct. 1861 (*ibid.* 31, 1, 69 ; 1861, 1, 268 et 283). Mais cette opinion nous paraît devoir être rejetée pour deux motifs : 1° parce qu'en matière d'obligation, il faut toujours, en dehors de toute indication contraire, aller du moins au plus, et rester en deçà plutôt qu'aller au-delà de la volonté des parties ; *in obligationibus quod minimum est sequimur* ; 2° parce que l'usage se bornant à fixer les contre-surestaries à un quart en sus de la somme représentative des surestaries, c'est cette dernière somme qui, quelle qu'elle soit,

doit être prise pour base de ce quart. Il y aurait une anomalie, après avoir fait une bonification au chargeur sur le chiffre des surestaries (sans doute pour gagner et obtenir son fret), à ne pas la lui faire sur celui des contre-surestaries. Dans tous les cas, si l'intention du capitaine n'est pas telle, c'est à lui à le déclarer expressément ; en ce sens Marseille 24 oct. 1856 précité ; Nantes 7 avril et Dunkerque 1er août 1876 (*J. M.* 1876, 2, 215 et 221).

§ II. — OBLIGATION DE PAYER LE FRET.

Sur cette obligation qui est, sinon la plus essentielle, du moins la plus intéressante et la plus riche de celles que fait naître le contrat d'*affrétement*, et à laquelle du reste la loi a consacré la plupart des dispositions du titre *du fret*, sept questions différentes peuvent être posées et doivent être résolues, savoir : 1° par qui le fret doit-il être payé ; 2° à qui ; 3° quand ; 4° où ; 5° en quoi et sur quoi ; 6° dans quel cas le fret cesse-t-il d'être dû ; 7° quelle est la procédure à suivre pour arriver au paiement du fret ; privilége et prescription de l'action.

Nous reprenons, dans l'ordre où ils sont indiqués, ces divers points.

1° *Par qui le fret est-il du ?* — Par l'affréteur en principe, puisque c'est lui qui est partie au contrat, et y joue le rôle de *conductor*. Mais la question se présente tout de suite de savoir si le consignataire ou réceptionnaire est obligé au même degré, et si, étant obligé, il relève en quelque sorte l'affréteur de son engagement.

Sur le premier terme de la question, l'opinion est faite depuis

longtemps, et l'on admet sans hésitation que le capitaine a une action directe contre le consignataire. Diverses raisons commandent en effet cette solution. L'action en paiement du fret, comme beaucoup d'autres du droit maritime, est beaucoup plus réelle que personnelle, et permet, par conséquent d'atteindre, ne fût-ce que par voie indirecte, d'autres personnes que celles qui sont expressément obligées par contrat. D'autre part le consignataire est, au moment et au lieu d'arrivée, le représentant né de l'affréteur, il est à ses droits, puisqu'il peut exiger la délivrance de la marchandise, il doit être aussi à ses obligations. Enfin le capitaine, en consentant à délivrer au consignataire, a fait en quelque sorte un nouveau bail avec lui ; une convention nouvelle *do ut des* s'est formée par suite de laquelle le consignataire se trouve directement tenu (*). Voy. en ce sens Bordeaux 23 déc. 1842, Marseille 29 mars 1843, 21 mai 1845, 7 fév. 1849, 22 mai 1851, Bordeaux 15 nov. 1853, Marseille 29 déc. 1854, 18 déc. 1852, Aix 27 mars 1856, Marseille 12 fév. et 5 nov. 1858, 7 sept. 1860, 13 fév. et 21 mars 1862, 9 juin 1864, 22 juin et 18 juillet 1865, 30 mars 1874, Aix 31 mai 1875; cpr. aussi Aix 21 fév. 1865, Marseille 16 mai 1873 (*J. M.* 22, 2, 87 et 1, 169 ; 24, 1 263 ; 28, 1, 137 ; 30, 1 163, 32, 2, 5 ; 33, 1, 366 ; 34, 1, 189 ; 36, 1, 76 ; 37, 1, 115 ; 38, 1, 289 ; 1862, 1, 45 et 161 ; 1864, 1, 167 ; 1865, 1, 212 et 227 ; 1874, 1, 153 ; 1876, 1, 129 ; 1865, 1, 45 ; 1873, 1, 222).

Le second point est plus délicat. Quelques-uns des jugements précités et deux autres des 8 et 15 janv. 1858 (*J. M.* 36, 1, 47) posent en principe que l'affréteur n'est obligé à l'égard du ca-

(*) C'est par la même idée qu'on peut expliquer, en matière de vente à livrer et de filières, l'existence, aujourd'hui généralement admise, d'une action directe entre le premier vendeur et le dernier acheteur d'une même marchandise, c'est-à-dire entre le *livreur* et le *réceptionnaire*.

pitaine qu'*à lui procurer un bon réceptionnaire;* ce qui revient à dire que, lorsque le réceptionnaire était solvable au moment de l'accord conclu entre le capitaine et l'affréteur, et qu'il a accepté la consignation à lui faite, celui-ci ne répond plus de rien, et le capitaine n'a aucun recours à exercer contre lui, pour non paiement du fret. Ce système nous paraît très-hasardé. En somme c'est avec l'affréteur que traite le capitaine, c'est à lui qu'il fait confiance; le réceptionnaire ne pourrait donc lui être substitué, en ce qui concerne l'exécution du contrat, qu'au moyen d'une novation par changement de débiteur, novation qui n'est certes pas dans les intentions du capitaine. Que celui-ci consente, à l'arrivée, à demander son paiement au réceptionnaire, et par conséquent, qu'il l'accepte en quelque sorte pour codébiteur, rien de plus certain, car cela est à son avantage; qu'il y ait même pour lui obligation de s'adresser tout d'abord au réceptionnaire, et de le faire en temps utile, cela doit être admis encore, car cela est implicitement compris dans la convention des parties; mais de là à un abandon complet des droits primitivement acquis, il y a loin; il y a, pour conclure, toute la différence qui sépare la délégation ou indication de paiement simple de la novation caractérisée (cpr. art. 1273 et 1277 Cod. civ.); *sic* Marseille 8 juillet 1841, 12 fév. 1858 précité et 10 déc. 1863 (*ibid.* 20, 1, 282; 1864, 1, 29).

2° *A qui?* — Au capitaine en principe, puisque c'est lui qui représente d'une façon générale l'armement, et a, en cette qualité, toutes les actions du navire; cpr. du reste art. 305 et seq. Il y a plus; en vertu du privilége qui compète sous ce rapport à tous les marins pour le paiement de leurs loyers (art. 271), le capitaine peut même agir *jure suo*, et exiger le versement du fret entre ses mains, nonobstant toutes saisies-arrêts pratiquées par les créanciers de l'armateur, ou compensation opposée de

son chef; en ce sens Marseille 9 juillet 1824, 24 sept. 1828, 6 juin 1842, 19 juin 1854, 29 août 1861, Aix 19 déc. 1866 et 27 mai 1867, Marseille 17 juillet 1872 (*J. M.* 5, 1, 200; 10, 1, 1; 21, 1, 330; 32, 1, 177; 1861, 1, 137; 1867, 1, 36; 1868, 1, 102; 1872, 1, 219). Mais ces pouvoirs ne disparaîtraient-ils point dans le cas où l'armateur aurait désigné un *recommandataire* du navire, ou voudrait lui-même exiger directement le paiement du fret? N'y aurait-il point par cela même une révocation tacite du mandat conféré en thèse générale au capitaine? Nous avons précédemment (t. I, p. 134) adopté sur ce point l'affirmative; nous y persistons, malgré les raisons de douter qu'on peut tirer des considérations présentées ci-dessus. Le recommandataire, ainsi que nous l'avons remarqué, t. I, p. 134, est un administrateur du navire; c'est le préposé du propriétaire en tout ce qui concerne les opérations de l'armement; il a par conséquent le droit de percevoir le fret, au même titre qu'il peut faire tous les autres actes qu'entraîne l'exploitation du grand capital confié à ses soins. La constitution d'un recommandaire ne peut dès lors avoir qu'un sens, celui d'un mandat spécial conféré à une personne, par dérogation au mandat général dont un autre se trouve investi. Il est vrai qu'en thèse ordinaire le capitaine a un droit propre au paiement du fret et peut exercer l'action de son chef. Mais comme ceci n'a été admis que par application de la règle qui accorde aux gens de mer un privilége sur le fret, il suit que dès que ce privilége sera sauf (et il le sera par une saisie-arrêt pratiquée entre les mains du tiers-débiteur), la disposition de loi sera satisfaite, et pas n'est besoin que le capitaine se paye en plus de ses mains. La même observation doit être faite au cas où c'est l'armateur lui-même qui demande le paiement du fret, la cause et l'effet sont analogues; *sic* Marseille 3 oct. 1856, 14 et 22 juin 1865; *contrà* 30 sept. 1873 (*J. M.* 34, 1, 280; 1865, 1, 212 et 249; 1874, 1, 5).

3° *Quand?* — De droit à l'arrivée, et cela pour deux motifs : 1° parce que la rétribution n'étant due qu'en raison des services, il faut que ceux-ci soient rendus, pour qu'il y ait lieu à celle-là ; 2° parce que le paiement du fret étant subordonné à une multitude de conditions, il est nécessaire que ces conditions soient accomplies, au point de vue de l'existence comme de l'exigibilité de la dette. Seulement ici encore il est d'usage de se faire faire des avances sur le fret ; et en même temps que l'on stipule que ces avances ne seront pas restituables en cas d'accident, on fait payer la prime d'assurance au capitaine; ou à défaut d'assurance par un tiers, on fait une déduction au capitaine sur ce qui lui est dû, soit pour représenter les intérêts de l'avance, soit pour compenser la non-restitution. Ces accords très-fréquents dans les affrétements soulèvent la délicate question de savoir s'il n'y a pas là l'assurance du fret, prohibée par l'art. 347 Cod. com. Mais comme ce point présuppose, pour sa solution, la connaissance des règles du *contrat d'assurance*, nous préférons, pour la discussion de la question, renvoyer au moment et au lieu où la matière sera exposée avec le détail que son extrême importance comporte (*).

En laissant cette convention exceptionnelle de côté, et nous renfermant dans l'hypothèse normale où le fret est payable à l'arrivée, il est certain qu'un délai suffisant devrait être accordé au réceptionnaire, à l'effet de vérifier la marchandise; il ne serait donc pas reprochable de ne payer qu'après ; voy. Marseille 27 mai 1853 (*J. M.* 31, 1, 296). Ce délai a été quelquefois fixé à vingt-quatre heures, ou à un jour plein. Mais *quid,* si l'ayant

(*) Nous avons en plus de ceci une raison toute transitoire, c'est qu'au nombre des modifications proposées au livre II du Code de commerce figure celle portant sur l'art. 347 et permettant l'assurance du fret ; de telle sorte qu'au moment où la question se présentera de nouveau, la situation pourra être plus nette et la controverse épuisée. Attendons.

droit soulevait de plus à ce sujet une contestation judiciaire, reconnue depuis mal fondée ? Serait-il passible de ce chef, et pour le retard apporté au règlement du fret, des dommages-intérêts tels que de droit ? La jurisprudence du tribunal de commerce de Marseille semble fixée en ce sens qu'il faut que la contestation ait lieu de mauvaise foi, sans raisons plausibles ; en d'autres termes il faudrait *dolus aut lata culpa quæ dolo adsimilatur*; voy. Marseille 26 mai 1826, 18 mai 1832, 6 juin 1842, 29 déc. 1855, 27 mai 1857, 2 sept. 1859, 15 oct. 1863, 17 avril 1868, 8 avril 1873 (*J. M.* 7, 1, 249, 13, 1, 142, 21, 1, 330 ; 34, 1, 110; 35, 1, 155 ; 37, 1, 269 ; 1863, 1 305; 1868 1, 192; 1873, 1, 189). Nous ne pensons pas que cette solution soit conforme aux principes, même en admettant, comme le tribunal l'a décidé quelquefois, qu'il y a lieu dans tous les cas à l'intérêt légal depuis le jour de la demande. L'art. 1147 reconnaît le droit à des dommages-intérêts, dès que le débiteur est en demeure, *encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*. Il est vrai qu'une disposition subséquente, celle de l'art. 1151, distingue suivant que c'est par le dol ou par la simple faute du débiteur que l'obligation est inexécutée ; mais cette distinction, comme on peut s'en assurer par les termes de la loi, n'existe qu'au point de vue de l'étendue des dommages-intérêts, et des suites qui doivent y être comprises. Et à ce dernier point de vue, il n'y a pas même lieu d'adopter le tempérament proposé par le tribunal. A supposer en effet que l'article 1153, qui dispose que pour les obligations de sommes d'argent les dommages-intérêts ne consistent que dans l'intérêt légal de la somme due, dût s'appliquer à la matière, ce serait dans tous les cas sans distinction, la loi ayant établi dans cette hypothèse un forfait, auquel on ne saurait se soustraire. Nous croyons quant à nous 1° qu'il y a lieu à des dommages-intérêts dès que le paiement du fret se trouve retardé pour une

cause quelconque imputable au débiteur ; 2° que ces dommages-intérêts peuvent être plus ou moins étendus suivant la bonne ou la mauvaise foi de celui qui les doit, mais que dans aucun cas on ne saurait les limiter à l'intérêt légal de la somme du jour de la demande, l'art. 1153, comme ses termes mêmes l'indiquent, ne recevant pas d'application en matière commerciale. Si donc le capitaine a été obligé pour ce motif de suspendre son départ, ou de contracter un emprunt à la grosse pour remédier au défaut de fret, et si le réceptionnaire a eu connaissance de ces incidents, il n'est pas douteux, malgré sa bonne foi, qu'il sera tenu des surestaries dans le premier cas, qu'il supportera les conséquences de l'opération dans le second ; voy. Marseille 24 oct. 1860 et 11 nov. 1868 (*ibid.* 38, 1, 194, et 1869, 1, 42).

4° *Où?* — Au lieu d'arrivée ; c'est la conséquence des explications présentées ci-dessus ; du reste la disposition des art. 305 et sq. implique forcément cette solution. Il s'ensuit, par application de l'art. 420 3° Cod. proc., que le tribunal compétent pour connaître des difficultés auxquelles le paiement du fret pourra donner naissance, est celui-là même de ce lieu, encore que le capitaine eût accepté de l'affréteur des lettres de change demeurées plus tard impayées ; car l'endossement des traites n'emporte pas de novation dans la créance. Il n'y aurait d'exception à cette règle qu'au cas où, pour un motif quelconque, l'action en paiement serait dirigée contre le chargeur lui-même. La compétence du tribunal du lieu de destination n'aurait plus ici aucune raison d'être, car en somme cette compétence est exceptionnelle ; elle a sa cause dans le fait de la livraison à une personne autre que l'affréteur, et par conséquent ne peut être opposée qu'à cette personne ; voy. sur ces divers points Marseille 26 juin 1846, 17 juin 1849, 18 déc. 1855, Aix 7 nov.

1856, Marseille 16 mars 1864, 4 et 5 juillet 1870; cpr. Aix 29 août 1871 (*J. M.* 25, 1, 357; 28, 1, 180; 33, 1, 366; 34, 1, 302; 1864, 1, 103; 1870, 1, 229 et 233; 1872, 1, 128).

5° *En quoi et sur quoi?* — La première de ces deux questions n'a rien de spécial à la matière; la loi n'en a même rien dit ici, et s'en est expliquée uniquement à propos de la *lettre de change* (art. 143 Cod. com.); comme néanmoins elle s'est présentée assez souvent dans la pratique, par suite des relations que les affrétements créent entre personnes de nationalités différentes, on nous saura gré d'en dire un mot.

Une distinction fondamentale s'impose tout d'abord, suivant que le connaissement a ou non indiqué la monnaie particulière en laquelle le paiement doit être effectué. Si le connaissement est muet sur ce point, le capitaine est obligé d'accepter son paiement en espèces du pays où il se trouve, ou en papier ayant cours forcé, suivant leur valeur légale; ce qui revient à dire que c'est à lui à supporter le *change*, c'est-à-dire la moins-value résultant de la variation du cours des monnaies ou des titres qui les représentent. Un tempérament nous paraîtrait cependant devoir être apporté à cette décision, au cas où les monnaies des lieux de départ et d'arrivée ne seraient pas au même *titre*, c'est-à-dire n'auraient pas la même valeur intrinsèque ou absolue. Il nous semble dans cette hypothèse que par le seul fait de la fixation du prix du fret en *francs*, le capitaine a droit à une valeur correspondante strictement adéquate. Et ceci ne contredit nullement l'opinion générale exprimée plus haut, car à côté de cette différence, qui est fondamentale, continue, que les parties ont dû dès lors prévoir, il y en a une multitude d'autres accidentelles et momentanées, telles que celles résultant de la dépréciation du papier, de l'avilissement du numéraire, du changement de rapport entre les espèces métalliques, dont à

défaut de stipulation expresse, il est impossible de tenir compte.

Lors au contraire que le connaissement a indiqué la monnaie particulière en laquelle le paiement doit être fait, le débiteur a le choix encore entre cette monnaie ou la monnaie locale, mais en supportant le taux du change, c'est-à-dire en tenant compte de la moins-value. Tel nous paraît être le sens vrai de cette convention, et de l'art. 143 Cod. com qui la vise et en ordonne l'exécution (*); conf. Marseille 8 avril 1829, 27 janv. 1832, 28 fév. 1837, 24 janv. 1853 (*ibid.* 10, 1, 187; 13, 1, 80; 16 1, 326; 31, 1, 225). Ceci nous paraît décider un point qui a été très-controversé, celui de savoir si le débiteur pourrait payer en billets de banque, alors que, comme c'est le cas aujourd'hui, les billets de banque auraient cours forcé, et en tenant compte, bien entendu, de la prime que l'or ou l'argent pourraient avoir sur le papier. La Cour de cassation et la Cour d'Aix, saisies de la question, l'ont toutes deux résolue dans le sens de l'affirmative, par des considérations d'ordre public, et notamment par application de l'art. 3 1er alin. du Code civil; voy. Aix 23 nov. 1871, Cass. 11 fév. 1873 (*D. P.* 1872, 2, 51; *J. P.* 1873, 225; *J. M.* 1871, 1, 262; 1873, 2, 168). Quant à nous, nous n'avons jamais compris que la question pût même être posée. Est-il vrai que les billets de banque constituent par le fait même de la loi du 12 août 1870 qui leur donne cours forcé, une véritable monnaie, obligatoire dans les paiements? Est-il vrai de plus qu'aux termes de l'art. 143 Cod. com., on puisse payer en toute monnaie

(*) On voit que nous n'admettons pas l'opinion de Vincens et de Nouguier qui veulent que la lettre de change soit payée *identiquement* en les mêmes espèces que celles qui sont indiquées. Il y a là, comme le fait justement remarquer M. Bédarride (*Traité de la lettre de change*, t. II, n° 384) un rigorisme que rien ne justifie; du moment que l'intérêt du créancier se trouve satisfait, de quoi peut-il avoir à se plaindre? cpr. art. 1134 et 1175 Cod. civ.

légale du pays où a lieu le paiement, pourvu qu'on tienne compte du change existant entre la monnaie conventionnelle et celle réellement employée (*) ? S'il en est ainsi, et on ne peut guère admettre le contraire, la solution est toute indiquée, à défaut même des autres considérations sur lesquelles on l'a appuyée. Il ne pourrait y avoir de doute que pour le cas où la convention ne se contentant pas d'indiquer les espèces particulières en lesquelles le paiement devait être fait, aurait expressément proscrit les billets. Ici l'intention des parties n'est pas douteuse, c'est de l'or ou de l'argent qu'elles ont voulu, et pas autre chose; la question est seulement de savoir si elles l'ont légalement voulu. Or sous ce rapport l'art. 3 Cod. civ. nous paraît dicter la solution, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers; car les lois de police ou de sûreté (et la loi du 12 août 1870 a éminemment ce caractère) doivent atteindre tous les faits qui se passent sur le territoire.

Mais laissons ces généralités, lesquelles du reste, ainsi que nous en avons fait l'observation, reçoivent une application directe en notre matière, et demandons-nous sur quoi le fret doit être perçu. La question n'a d'intérêt qu'en cas d'affrétement partiel, et lorsque le fret est calculé à raison de tant le quintal ou le tonneau, ou d'une façon générale sur le poids. Ici encore il n'y aurait pas de difficulté, si le poids indiqué dans le connaissement était toujours le même que celui reconnu au débarque-

(*) L'arrêt de cassation ci-dessus rapporté va même plus loin, et n'exige pas l'accomplissement de cette dernière condition, du moins il pose en principe l'équivalence absolue de la monnaie fiduciaire et de la monnaie métallique. Mais cette opinion est aussi fausse juridiquement qu'elle est contraire aux données économiques; elle viole gratuitement la convention des parties, et dépasse le but qu'a voulu atteindre la loi du 12 août 1870; voy. du reste sur ce point les excellentes observations de M. Labbé dans le recueil précité.

ment. Mais cela sera bien rare, et il arrivera le plus souvent que les chiffres ne seront pas d'accord avec eux-mêmes, c'est-à-dire que le poids vérifié au débarquement sera inférieur ou même supérieur à celui indiqué au départ. Et il n'est pas toujours nécessaire de supposer pour cela même une erreur ou une fraude; le simple tassement ou gonflement de la marchandise pourra produire l'un ou l'autre de ces résultats. Quoi qu'il en soit, d'après quel chiffre devrait-on, dans ces hypothèses, évaluer le montant du fret? Une jurisprudence à peu près constante paraît prendre pour base le chiffre indiqué par le connaissement, et ne se rattacher à celui reconnu au débarquement, que tout autant qu'il y aurait une stipulation expresse insérée à cet effet dans le titre lui-même. Et il importerait peu que le connaissement contint en même temps la clause usuelle *que dit être* ou *qualité et poids inconnus*, ceci ayant trait à la responsabilité du capitaine et non au règlement du fret; voy. en ce sens Marseille 16 janv. 1854, 20 et 30 mars 1855; Bordeaux 28 janv. 1856, Marseille 22 juin 1857, 14 août et 5 nov. 1863, 4 mars et 1er juin 1864, 22 et 23 janv. 1866, 8 mars 1869, 8 avril 1873, 12 fév. et 7 août 1874, Rouen 10 août 1874; voy. cependant pour le cas de la clause précitée, 14 fév. et 21 mars 1838, 30 oct. 1843, 24 mars et 31 juillet 1844, 10 mars 1853 (*J. M.* 32, 1, 29; 33, 1, 110; 34, 2, 44; 35, 1, 223; 1863, 1, 239 et 330, 1864, 1, 97 et 169; 1866, 1, 74; 1869, 1, 136; 1873, 1, 189; 1874, 1, 107 et 257; 1875, 2, 33; 17, 1, 321; 18, 1, 35; 23, 1, 142 et 257; 31, 1, 261). C'est l'application la plus indiscutable de la convention des parties; mais n'y a-t-il là qu'une présomption simple, susceptible de céder devant la preuve contraire, ou faut-il y voir un forfait, devenu dans tous les cas la loi des contractants? La question, à notre sens, doit être résolue par une distinction. Si le poids reconnu au débarquement est supérieur à celui indiqué originairement par le

chargeur, le capitaine (à moins qu'il ne soit justifié que l'excédant est dû à un événement de mer, tel que l'humidité ou la mouillure) a droit au fret, d'après le poids réel, et cela pour deux motifs : 1° parce que le fret étant le prix du transport, doit en définitive être réglé d'après la quantité réellement embarquée (*); 2° parce que le capitaine, en acceptant l'énonciation portée au connaissement, ne le fait que sous la réserve d'une justification contraire, s'il y a lieu (**); conf. Marseille, 8 janv. 1852, 15 janv. 1858, 26 janv. 1860, 8 oct. 1862, 12 juin 1876 (*ibid.* 31, 1, 16; 36, 1, 179; 38, 1, 22; 1862, 1, 302; 1876, 1, 183). Mais la solution ne serait plus la même, si le poids trouvé lors du déchargement était inférieur à celui du chargement; le consignataire ou l'affréteur ne sauraient prétendre de ce chef une diminution de fret, alors même que le déficit serait contradictoirement établi; car en somme il y a ici un fait dû au plaignant lui-même (en admettant qu'il ne soit pas une conséquence de la navigation) et il n'a qu'à s'en prendre à lui de n'avoir pas chargé la quantité à laquelle il avait droit. C'est sur cette hypothèse qu'ont statué toutes les décisions rapportées en premier lieu.

6° *Dans quel cas le fret cesse-t-il d'être dû*, ou mieux, *à quelles conditions le paiement en est-il soumis?* — Nous retrouvons ici une idée analogue à celle qui, en matière d'engagement des gens de mer, a dicté la disposition de l'article 258. *Il n'est dû aucun fret*, porte l'art. 302, *pour les mar-*

(*) C'est par application de la même idée qu'on décide que le fret doit être perçu sur le poids *brut*, et non sur le poids *net*; ainsi dans le cas d'un chargement de blé, on comprend la criblure dans le rendement général de la marchandise.

(**) Nous trouverons en matière d'*assurance* plus qu'une *décision*, une *règle* analogue.

chandises perdues par naufrage ou échouement, pillées par les pirates ou prises par les ennemis (*) Seulement des deux ordres de motifs apportés à l'appui de l'art. 258 (t. I, p. 513), un seul subsiste évidemment ici, le second, et sous ce rapport Locré a très-heureusement rendu la pensée qui a inspiré le législateur, lorsqu'il a dit : *il y aurait de la dureté à forcer le chargeur à payer le fret de marchandises qu'il perd sans retour. Règle générale, le dommage arrivé par un cas fortuit tombe toujours sur celui qui est propriétaire de la chose. Ainsi l'événement détruisant ici les objets pour lesquels le fret est dû, et empêchant de les conduire à leur destination, le capitaine perd son fret; le chargeur, de son côté perd ses marchandises* (t. III, p. 297).

Etudions, à la lueur de ces considérations, et les cas dans lesquels le chargeur est dispensé de payer le fret, et les conditions moyennant lesquelles cet affranchissement a lieu.

Sous le premier rapport, les termes de l'art. 302 n'ont évidemment rien de restrictif, et la solution serait la même pour tous les cas de perte des marchandises, par suite d'événements de mer. Ainsi supposez que dans un moment de détresse on jette à la mer des marchandises chargées sur le pont, d'accord avec le chargeur; comme cet accident entraîne pour le propriétaire une perte gratuite, attendu dans ce cas le défaut de contribution (art. 421), le fret cessera forcément d'être dû,

(*) L'article ajoute : *le capitaine est tenu de restituer le fret qui lui aura été avancé, s'il n'y a convention contraire.* Sous ce rapport l'hypothèse présente diffère de la situation parallèle ci-dessus mentionnée; cpr. art. 264. On a considéré que le capitaine (et par lui l'armateur), est plutôt en mesure de rendre les avances qu'il a reçues, que les marins les leurs. Il n'est du reste pas d'exemple de cas où des avances ayant été faites, on n'ait pas stipulé qu'elles ne seraient pas restituables à la suite d'événements de mer; voy. Valin, t. I, p. 664.

sic Marseille 31 déc. 1860, 14 nov. 1866, Bordeaux 1er juillet 1872 (*J. M.* 1861, 1, 5; 1867, 1, 23; 1872, 2, 240). Même décision en cas d'incendie simultané du navire et de la marchandise; voy. Nantes 11 mars 1871 (*ibid.* 1871, 2, 152). Et il importerait peu sous ce rapport que le voyage fût plus ou moins avancé, qu'on fût même arrivé au port de destination, si la marchandise n'avait pas encore été débarquée; la responsabilité du capitaine ne finissant que par la livraison, ce n'est qu'à ce moment que se terminent pour lui les risques de la navigation; voy. jug. de Nantes précité, et encore Nantes 11 déc. 1875 (*J. M.* 1876, 2, 173).

Le second point est un peu plus délicat; la loi parle de *marchandises* PERDUES *par naufrage ou échouement,* PILLÉES *par des pirates ou* PRISES *par les ennemis*, c'est-à-dire paraît exiger une perte (matérielle ou pécuniaire) complète. D'où la question de savoir ce qu'il en serait en cas de simple avarie, et s'il n'y aurait pas lieu de diminuer proportionnellement le fret. Valin s'était déjà posé l'interrogation sur l'art. 18, liv. III, tit. III de l'Ordonnance (t. I, p. 666), et il n'hésitait pas à y répondre négativement, tout en regrettant le peu d'équité de la loi. La solution ne saurait être différente aujourd'hui, car la raison donnée par Valin subsiste dans toute sa force. L'art. 310 (comme autrefois la disposition analogue de l'Ordonnance) dispose en effet que *le chargeur ne peut abandonner pour le fret les marchandises diminuées de prix, ou détériorées par leur vice propre ou* PAR CAS FORTUIT (*). Ce qui revient à dire que la loi n'admet pas de paiement partiel; car quelle différence y a-t-il entre payer le fret proportionnellement à la valeur des marchandises avariées, ou bien abandonner ces mêmes marchan-

(*) Le projet de 1865 avait changé ce point, et admis l'abandon.

dises à titre de paiement? Dans les deux cas le fret n'est pas acquitté en son entier, ce que la loi n'a pas voulu (**). *Sic* Douai 15 nov. 1856; cpr. Marseille 19 nov. 1856, Aix 8 juin 1857 (*J. M.* 35, 2, 85; 36, 1, 106).

Quoi qu'il en soit, et en laissant ce point de côté, une conséquence se dégageait nettement, par argument *à contrario*, de l'art. 302, c'est que si les marchandises étaient sauvées du naufrage, le fret devait continuer à être acquitté, sinon complétement, parce que l'exécution se trouve arrêtée pour l'avenir, au moins proportionnellement, c'est-à-dire dans la mesure où le voyage est avancé. L'art. 303 répète ce point déjà indiqué par l'art. 296 ; nous ne pouvons dès lors que renvoyer aux explications ci-dessus données p. 115 et sq. en ajoutant de plus la double remarque suivante : 1° la proportion à établir entre la partie du voyage réalisée et celle restant à accomplir ne doit pas consister dans un simple calcul des distances; il faut en plus tenir compte des difficultés et des dépenses extraordinaires de la navigation, de façon à tirer en quelque sorte la règle de proportion de tous ces éléments réunis ; conf. Marseille 9 nov. 1857 (*ibid.* 35, 1, 294) ; 2° les avances faites au capitaine avant le départ doivent être imputées jusqu'à due concurrence sur le fret proportionnel, car elles ne sont qu'une partie de ce fret. La circonstance que ces avances auraient été stipulées non-restituables en cas d'accident, et que le capitaine aurait payé la prime de l'assurance qui en aurait été faite, ne serait pas de nature

(**) L'article ajoute, il est vrai : *si toutefois des futailles contenant vin, huile, miel et autres liquides, ont tellement coulé qu'elles soient vides ou presque vides, lesdites futailles pourront être abandonnées pour le fret*. Mais outre que toute exception est par elle-même *strictæ interpretationis*, qui ne voit que si l'abandon a été admis ici, c'est par ce que la perte est à peu près complète? cpr. Valin, t. I, p. 670 et sq.

à changer la solution. Car d'une part tout ce qui résulte de la clause, c'est qu'en aucun cas les avances ne seront rendues, par dérogation à l'art. 302; mais cela ne fait pas obstacle à ce que, dans l'hypothèse de l'art. 303, elle s'imputent sur la partie du fret qui sera due; cette imputation doit au contraire être admise, sous peine d'obliger l'affréteur à payer deux fois. Tout aussi indifférent est le fait de l'assurance, ainsi que le paiement de la prime par le capitaine; l'assurance ne peut avoir lieu d'abord que dans l'intérêt de l'affréteur, puisque c'est lui qui par la clause susdite court, au sujet des avances, les risques de la navigation; et le paiement de la prime par le capitaine n'a qu'une signification, c'est que la convention tout en ayant lieu dans l'intérêt de l'affréteur, est faite aux frais du capitaine, puisque c'est pour lui en somme que tout cet arrangement est pris. L'avocat général Boissard a, dans de remarquables conclusions au sujet de l'arrêt d'Aix que nous allons citer, donné de ceci l'explication la plus naturelle et la plus juste, lorsqu'il a supposé le langage suivant tenu par l'affréteur au capitaine : *Je veux bien vous faire des avances ; je veux bien vous dispenser de restituer ces avances en cas de naufrage, mais à une condition, c'est que je sois mis à l'abri des risques auxquels m'exposerait ma condescendance, et cela au moyen d'une assurance faite à vos frais, c'est-à-dire dont la prime sera prélevée sur les fonds que je veux vous avancer.* Voilà, dite avec une netteté lumineuse, l'exacte vérité sur ce point ; or en quoi cela importe-t-il à la solution de la question présente ? Le tribunal de commerce de Marseille s'est néanmoins prononcé jusqu'à présent en sens contraire, et il avait entraîné tout d'abord la Cour d'Aix ; voy. Marseille 18 déc. 1857, 5 août 1862, 31 juillet 1866, 15 déc. 1868, Aix 7 juin 1858 (*J. M.* 36, 1, 5 et 284 ; 1862, 1, 323 ; 1866, 1, 262 ; 1869, 1, 62). Mais celle-ci, sur les conclusions dont nous venons de parler, s'est ravisée, et

a adopté l'opinion soutenue au texte. Voy. Aix 21 mai 1869 (*ibid.* 1869, 1, 296 ; *D. P.* 1869, 2, 124, où les conclusions de l'avocat général se trouvent rapportées), *sic* aussi Bédarride, 2e édit. n° 795 *bis*. La jurisprudence des tribunaux de Bordeaux, Nantes, le Havre, est également en ce sens.

En cas de prise, la loi contient une réglementation un peu spéciale, qui se résume en ceci : en principe le capitaine perd ici son fret, comme en cas de naufrage; toutefois si la marchandise est rachetée, le fret proportionnel se trouve dû, car le rachat faisant recouvrer la chose, équivaut à un *sauvetage*. Il y a mieux, c'est que le capitaine peut avoir droit au fret entier, en contribuant au rachat, et l'art. 304 indique sur quelles bases devra avoir lieu cette contribution ; c'est du reste l'application de la règle générale, en matière d'avaries communes (art. 401 et 402).

Il y a une liaison naturelle entre ce qui précède et les hypothèses prévues par les art. 298 et 301 ; car si le fret continue ici à être dû en entier, c'est parce que la perte matérielle ne se complique pas d'une perte pécuniaire. C'est donc le lieu de parler en ce moment de ces deux dispositions, dont la première a suscité, avant et après sa mise en vigueur, d'intéressantes controverses, et dont les diverses solutions demandent à être bien comprises.

D'après l'art. 298, *in ppio*, *le fret est dû pour les marchandises que le capitaine a été contraint de vendre pour subvenir aux victuailles, radoub et autres nécessités pressantes du navire, en tenant par lui compte de leur valeur, au prix que le reste, ou autre pareille marchandise de même qualité, sera vendu au lieu de la décharge, si le navire arrive à bon port.* Ceci va en quelque sorte de soi, et aucune difficulté ne saurait s'élever sur ce point; la créance de l'affréteur

contre le capitaine, en remboursement de la valeur des marchandises, prenant dans ce cas la place de la chose, tout se passe en somme comme si aucun accident n'était survenu ; il n'y avait dès lors pas de raison pour que le fret ne fût plus dû. Mais la règle suppose pour son application un fait essentiel, l'arrivée du navire à bon port. *Quid* alors dans l'hypothèse contraire ? L'Ordonnance n'avait pas prévu ce point, qui avait, comme toujours, divisé les auteurs. Valin tenait que même dans ce cas le remboursement était dû, par la raison que, *quoique on puisse dire que la valeur des marchandises vendues pour les nécessités du voyage ne doit pas être payée à cause qu'elles auraient péri comme les autres, il y a lieu de conclure néanmoins qu'il suffit que ces marchandises vendues aient servi à mettre le navire en état de continuer sa route, pour que le prix en soit dû à celui à qui elles appartiennent, sans égard au naufrage qui a suivi, parce que c'est une perte qui ne fait qu'une avarie simple par le propriétaire du navire* (t. I, p. 655). La seule restriction que Valin apportait à la disposition de l'Ordonnance consistait en ce que d'une part la valeur de la marchandise n'était plus estimée d'après ce qu'elle aurait été au lieu de décharge (le navire n'y étant pas arrivé), mais était purement et simplement celle résultant du prix de vente, et d'autre part en ce que le fret n'était plus dû en entier, mais simplement en proportion de l'avancement du voyage, c'est-à-dire jusqu'au lieu où la vente avait été opérée.

Pothier appelé à se prononcer sur la question dans son traité de la *charte-partie*, l'avait fait, avec quelque hésitation du reste, dans le sens de Valin; il avait même apporté dans le débat une idée nouvelle qui, ainsi qu'on va le voir, n'a pas été inutile au législateur de 1841 : c'est que le propriétaire du navire, ainsi tenu du remboursement de la valeur des marchandises vendues par le capitaine, ne peut se libérer de cette obligation par l'a-

bandon du navire et du fret, attendu que *cette disposition* (celle de l'art. 2 du titre des *Propriétaires*, aujourd'hui article 216) *n'a d'application qu'aux obligations du maître pour lesquelles il n'aurait pas de recours contre les propriétaires du navire, pour en être par eux indemnisé* (n° 34 de l'édition Bugnet). C'est, comme on voit, l'application du système restrictif de Valin en matière d'abandon.

Quant à Emérigon, son avis était tout autre; pour lui, les marchandises vendues devaient être considérées comme n'étant jamais sorties du navire, et ce qui le prouve c'est que l'Ordonnance enjoint de les payer *sur le pied que le reste sera vendu au lieu de décharge*; on reconstitue donc en quelque sorte la marchandise au moyen de la valeur qui la représente, et on lui fait continuer avec le navire le voyage commencé. D'où la conséquence que *si le bâtiment périt* (ce sont les expressions textuelles d'Emérigon) *le capitaine ni les armateurs ne sont soumis à cet égard à aucune obligation personnelle*. C'EST EN UNE SORTE DE PRÊT FORCÉ A GROSSE AVENTURE. De plus Emérigon, reprenant l'idée de Pothier sur la faculté d'abandon, admet ici le propriétaire du navire au bénéfice de cette faculté, par des raisons qu'il déduit, et qu'il est inutile de rapporter, parce qu'elles ne sont qu'une reproduction et une application de son système général sur la matière, système en contradiction complète, comme l'on sait, avec celui de Valin (voy. t. I, p. 622). Enfin, l'auteur prévoyant un dernier problème s'était demandé, dans le cas où les effets qui étaient à bord auraient été sauvés, s'ils devaient contribuer à la valeur des marchandises vendues pour les besoins du navire; et il avait conclu à l'affirmative, par la raison qu'*il importe peu que les marchandises aient été* JETÉES *ou* VENDUES *pour le salut commun*, et que de plus, *l'action d'avarie grosse est le seul moyen de rétablir l'égalité entre les chargeurs et de*

pourvoir in solidum *à l'intérêt respectif de chacune des parties* (Emérigon, *Traité du prêt à la grosse*, chap. IV, sect. 9, t. II, p. 445 et sq.).

Comme on le voit, la question s'était successivement agrandie, et au moment de la rédaction du Code, elle présentait les trois points suivants à résoudre : 1° l'armateur doit-il, aux conditions indiquées par Valin, le remboursement de la valeur des marchandises vendues en cours de voyage pour les besoins du navire ; 2° peut-il se libérer de cette obligation par l'abandon du navire et du fret ; 3° dans ce cas le chargeur n'a-t-il pas une action en contribution contre les propriétaires dont les marchandises ont été sauvées ? De ces trois points, le législateur du Code n'en résolut qu'un, le premier, et il le fit, non sans difficulté, dans le sens de Valin, avec une modification cependant : c'est que, moyennant le paiement de la valeur des marchandises sur le pied que l'on indique, ce n'est pas seulement un fret proportionnel qui est dû, c'est l'entier fret (art. 298 2e alin.); c'est la conséquence obligée de la représentation de la chose par l'indemnité qui en tient la place. Dans ces termes nous croyons la disposition de loi aussi équitable que rationnelle, et nous ne comprenons point qu'on ait voulu la modifier, dans le sens de l'opinion d'Emérigon, en 1865. Cet auteur est obligé en effet, pour étayer sa décision (nous demandons d'avance pardon à un si grand maître de cette critique) d'admettre deux idées, dont l'une est la négation de l'autre, et qui, examinées séparément, sont inexactes toutes les deux. D'après Emérigon la marchandise continue à voyager fictivement avec le navire, par conséquent elle périt avec lui. Si cette supposition était vraie, il en résulterait évidemment que la situation se trouverait régie par l'art. 302, c'est-à-dire que le chargeur n'aurait rien à prétendre contre le capitaine, mais que d'un autre côté il ne devrait pas de fret. Mais ailleurs le jurisconsulte assimile la vente de

cette même marchandise, dans les conditions que l'on sait, à une sorte de *prêt forcé à la grosse aventure*. S'il y a prêt à la grosse, le prêteur (ici le chargeur), doit avoir une action réelle sur les débris du navire et le fret des marchandises sauvées, et il doit lui-même le fret, au moins dans la proportion de l'avancement du voyage. Mais que devient alors la solution précédente, et comment concilier toutes ces choses?

Je dis de plus que ces deux idées, envisagées en elles-mêmes, sont inexactes. Il n'est pas vrai que la marchandise vendue continue fictivement à voyager avec le navire, et la disposition de l'art. 298, qui décide, comme autrefois l'Ordonnance, que le capitaine tiendra compte de la valeur de cette marchandise, *au prix que le reste ou autre pareille marchandise se vendra au lieu de décharge*, n'a pas une semblable portée; il signifie simplement, et sans autre détour, que le chargeur étant privé par la revente d'une valeur déterminée, doit être exactement indemnisé de cette valeur, ce qui ne peut se faire qu'en estimant la marchandise au prix qu'elle se serait vendue au lieu de destination. Quant à l'idée d'un prêt à la grosse, elle est tout aussi gratuite; il peut se faire que la vente dont s'agit constitue au fond une sorte d'emprunt forcé, et il n'y a rien qui répugne ici absolument à cette assimilation, mise en avant par Pothier; mais de là à un prêt à la grosse caractérisé, la distance est grande, et une pareille modalité est trop exceptionnelle pour pouvoir se supposer.

Quoi qu'il en soit, le Code de commerce, en tranchant le premier point, n'avait rien dit des deux autres; c'est le législateur de 1841, qui, à l'occasion de la grande réforme introduite dans le principe doctrinal de l'art. 216, a résolu la question, en ajoutant à l'art. 298 les deux paragraphes qui le terminent aujourd'hui. Le premier porte simplement ceci: *sauf dans ces deux cas, le droit réservé aux propriétaires de navire par le* § *2*

de l'art. 216; c'est-à-dire que le législateur a fait prévaloir ici l'opinion d'Emérigon sur celle de Pothier, ce qui était forcé, du moment que l'on adoptait la doctrine générale du second de ces jurisconsultes sur la faculté d'abandon. Nous aurions beaucoup plus de peine à admettre la décision du dernier paragraphe : *Lorsque de l'exercice de ce droit résultera une perte pour ceux dont les marchandises auront été vendues ou mises en gage, elle sera repartie au marc le franc sur la valeur de ces marchandises et de toutes celles qui sont arrivées à leur destination ou qui ont été sauvées du naufrage, postérieurement aux événements de mer qui ont nécessité la vente ou la mise en gage.* Car de deux choses l'une, ou bien l'opération dont s'agit a été faite dans l'intérêt commun du navire et du chargement, et alors elle est avarie grosse, que le navire arrive à bon port, qu'il vienne plus tard à naufrager ; ou bien elle n'a eu lieu que dans l'intérêt de l'armement, et alors le résultat n'en peut pas être modifié suivant que 1° le navire a fait après coup naufrage, 2° que le propriétaire a usé de la faculté d'abandon. Emérigon considère la contribution comme le seul moyen de rétablir dans ce cas l'égalité entre les chargeurs, et le législateur de 1841 a obéi sans doute à la même idée, en donnant place à ce point dans sa disposition. Mais nous croyons ici que ce point de vue manque de justesse; la vente ou la mise en gage de la marchandise a mis l'affréteur dans une situation à part, situation qui est par certains côtés plus avantageuse que celle des autres chargeurs, puisque, en cas de naufrage, il conserve, sauf la faculté d'abandon, son recours contre l'armement, tandis que ceux-ci subissent, chacun en ce qui le concerne, les conséquences de la fortune de mer. Il est donc juste qu'en retour il coure un certain risque ; et, dans tous les cas, s'il doit n'en courir aucun, puisque en somme il n'a pas prêté volontairement, ce ne doit pas être aux dépens des autres intéressés à qui la vente des mar-

chandises est supposée en principe n'avoir pas profité; cpr. Caen 24 nov. 1857 (*J. M.* 36, 2, 33).

La loi n'a pas réglé sur quel pied devait avoir lieu la contribution; mais la solution nous paraît résulter de la distinction même qu'elle fait entre le cas où le navire arrive à bon port, et celui où il vient à se perdre. Dans la première hypothèse, la valeur des marchandises se calcule sur les prix du lieu de décharge, aussi bien pour les facultés vendues que pour celles qui restent; dans la seconde, en même temps que les premieres ne contribuent que pour le prix auquel elles ont été vendues, les secondes ne doivent également venir à contribution que pour leur valeur réelle au lieu du naufrage, c'est-à-dire déduction faite des avaries qu'elles ont éprouvées. *Les faire contribuer*, dit M. Bédarride (n° 785), *d'après le prix que ces effets pourraient valoir au lieu du reste, ou abstraction faite des avaries, ce serait s'exposer à en faire absorber le produit entier par la portion que prendrait le propriétaire des marchandises vendues*. Nous ajouterons que cette solution, en même temps qu'elle est la seule équitable, n'est pas contraire à la disposition maîtresse de l'art. 402, sainement entendue; cpr. aussi article 425.

L'art. 301 ne soulève pas les mêmes difficultés que l'art. 298 bien qu'il repose sur la même idée. Il porte que *le capitaine est payé du fret des marchandises jetées à la mer pour le salut commun, à la charge de contribution*. Ceci va de soi, la contribution conservant, ici encore, pécuniairement la chose, il était juste qu'en retour le fret continuât à être dû. Il y aurait eu du reste de la dureté à priver le capitaine de son fret, alors qu'on l'obligeait à réparer, pour sa part, le préjudice éprouvé par le propriétaire de la marchandise. Et il est à remarquer que ce fret est dû sans déduction, encore que la contribution ne fasse pas rentrer complétement le chargeur dans la valeur de sa

chose, puisqu'il supporte lui-même sa part de la perte commune. C'est là une sorte d'avarie particulière, à raison de laquelle on ne saurait demander de diminution dans le fret; cpr. *suprà* p. 176.

Si les effets jetés venaient plus tard à être recouvrés, la règlementation précédente changerait en deux points : 1° le fret proportionnel serait dû jusqu'au lieu du jet (*) ; 2° le droit à la contribution ne subsisterait plus que pour la moins-value occasionnée par l'accident ; cpr. Valin t. I, p. 654.

7° *Procédure à suivre pour arriver au paiement du fret; privilége et prescription de l'action.* — Bien des contestations peuvent surgir à l'occasion du paiement du fret ; le consignataire peut, pour diverses raisons, se refuser à recevoir la marchandise; il ne se portera pas réclamateur, ou bien encore, s'il se décide à prendre livraison, il ne voudra souvent le faire que sous toutes réserves, relativement à l'état de la chose. Va-t-on, dans cette hypothèse, obliger le capitaine à attendre le résultat de l'instance judiciaire engagée pour toucher son fret ? Cela n'était pas possible ; le capitaine peut en effet avoir un besoin urgent de son dû, soit pour acquitter certaines dettes contractées en cours de voyage, soit pour faire procéder à des réparations, soit pour payer son équipage. Mais comme d'autre part on agit ici en quelque sorte à l'aveugle, il convient de ne procéder qu'avec précaution, de façon à sauvegarder l'intérêt de chacun. De là la disposition de l'art. 305, qui n'est du reste que la reproduction du droit commun en matière de transport (cpr. art. 106 Cod. com) : *Si le consignataire refuse de recevoir les marchandises, le capitaine peut, par autorité de jus-*

(*) Il serait même dû en entier, si le navire acheminait les effets à destination.

tice, en faire vendre pour le paiement de son fret, et faire ordonner le dépôt du surplus. S'il y a insuffisance, il conserve son recours contre le chargeur. Ainsi le capitaine peut faire vendre provisoirement tout ou partie de la marchandise, à l'effet de se payer de son fret, mais il ne le peut d'abord que sous la condition d'une autorisation de justice ; il y a là en effet une question de convenance ou d'opportunité dont le tribunal est le juge tout indiqué ; il ne le peut ensuite qu'en la forme des *enchères publiques*. La loi ne le dit point cependant d'une façon expresse, mais cela résulte des principes admis en matière de gage, principes qui doivent régir ici le capitaine, comme ils régissent tous les créanciers dont le privilége repose sur une idée de nantissement (cpr. art. 2078 Cod. civ. et 93 Cod. com.). La conséquence de ceci serait que si le capitaine avait procédé différemment, il perdrait tout recours contre le chargeur, pour le complément de ce qui lui resterait dû. Cette solution ne se trouve pas seulement commandée par la combinaison des deux paragraphes de l'art. 305; l'esprit qui a fait établir la disposition elle-même l'implique forcément ici. Il est évident que le législateur a voulu concilier ici les deux intérêts contradictoires de l'affréteur et du capitaine; or comment cette conciliation peut-elle avoir lieu, si les marchandises sont vendues sans contrôle et sans publicité? *sic* Bédarride n° 808 ; Cass. 29 mars 1854 et Bordeaux 10 mars 1857 (*D. P.* 1854, 1, 317 ; 1858, 2, 171 ; *J. M.* 32, 2, 119, et 35, 2, 74). Ce n'est pas que le capitaine soit obligé de se venger d'abord sur la chose avant de recourir contre la personne ; non, il y a ici une faculté uniquement introduite en sa faveur, dont dès lors il peut user comme ne pas user ; *sic* Marseille 21 mars 1862 (*J. M.* 1862, 1, 161). Mais lorsqu'il en use, il doit, sous peine de déchéance, le faire dans les termes de l'art. 305.

Si le tribunal n'admettait pas la vente, le capitaine pourrait

demander la consignation des effets transportés en mains tierces, en attendant la décision à intervenir sur le fond. Son intérêt sous ce rapport est évident, puisque la livraison au destinataire en permettant à celui-ci de disposer de la chose, aurait le plus souvent pour résultat d'empêcher l'exercice du privilége dont il va être parlé. Mais dans aucun cas il ne serait reçu à retenir les marchandises sur son navire pour servir de gage à sa créance (art. 306). Ceci est remarquable, car lorsqu'il s'agit de créanciers nantis, le privilége se complique tout d'abord et forcément d'un droit de rétention. La loi s'est départie ici des règles ordinaires parce qu'elle a compris qu'on ne pouvait obliger le réceptionnaire à payer le fret, avant qu'il ne se fût assuré de l'état de la marchandise, chose qu'il ne peut utilement faire qu'après le déchargement. Pour apprécier la ságesse de cette disposition, il suffit de faire un retour à la matière des transports terrestres, pour lesquels il n'existe point de règle analogue à celle de l'art. 306 (*), et de songer aux difficultés qu'a rencontrées dans la pratique l'exercice du privilége du voiturier.

Quoi qu'il en soit, le capitaine a, comme tout voiturier, un privilége sur la chose transportée, pour le paiement de son fret

(*) L'art. 106 Cod. Com. dispose cependant qu'*en cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés..... le dépôt ou sequestre, et ensuite le transport dans un dépôt public, peut en être ordonné*; et comme cet article ne distingue point, il est certain que la mesure peut être provoquée par le destinataire comme par le voiturier. Mais on remarquera 1° que cette mesure n'est présentée que comme la conséquence et l'accessoire d'un autre dont on vient de parler, *la vérification de la marchandise par des experts*, et en tant que celle-ci ne pourrait pas s'effectuer sur les lieux mêmes; 2° qu'il n'y a nulle obligation pour la justice de l'ordonner, tandis qu'en présence de l'art. 306 l'hésitation n'est pas possible, et le réceptionnaire et le capitaine ont également droit à la consignation, voy. Marseille 16 avril 1875 (*J. M.* 1875, 1, 219)

(art. 280 et 307 cbn., cpr. art. 2102 6° Cod. civ.). Ce privilége a ceci de particulier qu'il persiste après la délivrance et peut être exercée dans la quinzaine qui suit. On ne saurait donc tirer argument de ceci en faveur du voiturier en général, à l'effet de changer la cause do son privilége, de l'asseoir sur une idée de plus-value, et, en dernière analyse, de prolonger indéfiniment l'existence du droit. La brièveté seule du délai indiquerait déjà qu'il s'agit ici de quelque chose d'éminemment exceptionnel, si l'art. 306 ne venait en plus éclairer la règle, et lui assurer sa véritable portée : c'est parce que le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de paiement de son fret, qu'il est obligé de les délivrer (sous la réserve de la consignation en mains tierces), que la loi lui conserve son privilége pendant quinzaine encore après la délivrance. Or comme pareille obligation n'existe point pour le voiturier ou entrepreneur de transport ordinaire, l'extension de la règle n'aurait quant à lui, pas de raison d'être.

Cette condition de temps n'est du reste pas la seule que la loi ait mise à l'exercice du privilége ; il faut encore, d'une façon générale 1° que la marchandise n'ait pas passé en mains tierces, 2° qu'elle soit reconnaissable entre celles du consignataire ; 3° que le capitaine n'ait pas, d'une façon expresse ou tacite, renoncé à son privilége. Un mot sur chacun de ces trois points.

L'article 307 s'est lui-même prononcé sur le premier, qui allait en quelque sorte de soi, n'étant que l'application du droit commun, en matière de priviléges sur meubles (art. 2119 Cod. civ.). Il s'ensuit que les difficultés que pourrait faire naître cette situation devraient être appréciées d'après les données ordinaires. C'est ainsi qu'il ne suffirait pas de la vente pour éteindre le privilége, il faudrait encore la livraison, car jusque-là la chose étant en la possession du consignataire n'est pas réputée avoir

passé en mains tierces ; *sic* Marseille 15 juillet 1851 (*J. M.* 30, 1, 205), cpr. art. 2102 1° Cod. civ. Mais d'autre part, il suffirait de cette remise de possession, à quelque titre que ce soit, pour opérer l'extinction du privilége, car pour le capitaine il n'y a pas d'autre propriétaire que le porteur du connaissement. Sous ce rapport la Cour de cassation a décidé très-juridiquement, par arrêt du 9 juin 1845 (*D. P.* 1845, 1, 412; *J. M.* 25, 2, 63) que le capitaine qui laisse transborder la marchandise sur un autre navire, a perdu son privilége, bien que les effets transportés continuent à être la propriété de la même personne. Ajoutons du reste que le seul fait de transbordement amènera la création d'une multitude d'intérêts nouveaux, tels que celui du capitaine du second navire, lesquels suffiraient, à défaut d'autre considération, pour primer le droit du premier.

Le second point ne souffre pas davantage difficulté, bien que la loi ne l'ait pas prévu ; ce n'est qu'une application de la règle *extinctæ res vindicari non possunt*, laquelle n'est pas particulière à la revendication, mais régit, par la force même des choses, toutes les actions réelles. Nous accepterions donc avec beaucoup de difficulté la décision d'un jugement du Havre, en date du 18 mars 1862 (*J. M.* 1832, 2, 34), de laquelle il résulte que le privilége accordé ici au capitaine, doit subsister, encore que les marchandises du chargement aient été confondues avec d'autres de même nature dans les magasins du destinataire. *En pareil cas*, dit le jugement, *le privilége s'exerce sur l'ensemble des marchandises confondues, jusqu'à concurrence de la quantité à laquelle s'élevait le chargement.* Nous savons qu'il faut apprécier ces choses avec équité, par conséquent s'il est certain d'une part que les marchandises n'ont pas été vendues et livrées, et si d'autre part elles sont, par leur identité absolue

avec d'autres produits, reconnaissables encore, de façon à ce qu'on puisse transporter à la partie les caractères du tout, nous concéderons assez volontiers l'exercice du privilége. Mais de là à exiger en principe qu'on peut toujours agir par voie d'action réelle sur les marchandises du destinataire, pour peu qu'elles soient de même nature que celles du chargement, il y a loin et très-loin; et nous ne saurions faire ainsi une règle générale de ce qui ne doit être qu'une imperceptible exception.

En ce qui concerne les objets transportés eux-mêmes, et dans le cas où ces objets ne seraient pas de même nature, il y aurait une distinction à faire, suivant qu'un fret unique aurait ou non été stipulé pour les uns ou pour les autres. Dans la première hypothèse, le capitaine pourrait, en vertu du principe de l'indivisibilité du gage, exercer son privilége pour le tout sur chaque partie de la marchandise, *est totum in toto et in qualibet parte*. Mais il n'en serait plus ainsi dans la seconde, car un fret différent ayant été fixé ici pour chaque catégorie d'objets, il n'y a pas une créance unique garantie par un gage unique, mais des créances diverses garanties par des gages divers, sans rapport et sans lien entre eux; cpr. Valin t. I, p. 667 et 668.

Il faut enfin que le capitaine n'ait, ni expressément ni tacitement renoncé à son privilége. Mais cette renonciation, comme tous les abandons de droit en général, ne devrait pas se présumer; elle ne résulterait donc pas, soit de la livraison de la marchandise elle-même, encore que celle-ci fut faite sans réserve, car le capitaine a pu compter sur le délai de quinzaine qui lui est accordé par la loi, soit de l'acceptation d'un tiers comme consignataire du chargement, car il n'y a là, en quelque sorte qu'une simple indication de paiement, et le tiers ne joue le rôle que d'un *addictus solutionis gratia*; cpr. Marseille 16 avril et 8 juillet 1841 (*J. M.* 20, 1, 282 et 305). Dans quel cas donc

cette renonciation existerait-elle? Dans un seul, celui où le connaissement porterait la mention d'un fret nominal, c'est-à-dire d'une somme dérisoire indiquée pour la forme. Nous avons *suprà* p. 89 précisé la portée exacte de cette clause; nous ne pouvons donc que nous référer aux explications qui y sont présentées, avec cette remarque en plus, que ce qui est vrai de l'énonciation d'un fret nominal, le serait également et forcément de celle d'un fret inférieur à celui convenu; *sic* Marseille 23 août 1859 (*ibid.* 37, 1, 254).

Sous le bénéfice de ces observations, le privilége du capitaine constitue une sorte de droit acquis, et la faillite du chargeur ou consignataire, survenue dans la quinzaine, n'y porterait aucune atteinte, (art. 308). Il faut bien comprendre cette disposition qui appartient en propre aux rédacteurs du Code de commerce. Elle ne veut pas dire simplement que la faillite des débiteurs laisse subsister le privilége tel qu'il était auparavant, ceci est d'évidence, car la faillite ne peut faire brêche aux droits des créanciers, du moins en ce qui concerne le passé, et elle respecte forcément les situations acquises. Cela signifie en plus que le privilége se trouve par là-même conservé et consolidé, en ce sens que si le capitaine veut attendre la liquidation générale des facultés mobilières et immobilières du failli, il le peut à la condition, bien entendu, de se renfermer dans l'objet spécial de son privilége, et on serait mal venu à lui reprocher de n'avoir pas agi dans la quinzaine; car la faillite a pour résultat d'enlever aux créanciers l'exercice de leurs actions indivividuelles, pour les concentrer entre les mains du syndic, qui est leur représentant légal; et si ce résultat se produit d'une façon moins absolue pour les créanciers privilégiés et hypothécaires que pour les autres, c'est là, bien entendu, un droit dont ils sont libres de ne pas user.

On remarquera que l'art. 308 étend le privilége aux avaries

qui peuvent être dues au capitaine, sur quoi deux observations : 1° la règle n'a rien de particulier au cas de faillite, elle doit recevoir son application même en ce qui concerne le débiteur *in bonis*, car la contribution, soit légale, soit conventionnelle aux avaries (voy. *suprà* p. 91) n'est qu'un accessoire du fret, et une conséquence du transport effectué ; 2° mais il ne faudrait pas l'appliquer au demi-fret, dans les hypothèses des art. 288 et 291, car d'une part le chargement n'a pas encore eu lieu, et n'a pu individualiser les marchandises, ou s'il a eu lieu, il s'est évanoui par le retirement, que l'affréteur peut toujours exercer ; et d'autre part il n'y a pas encore de fret exigible, puisque le transport n'a pas même commencé ; il ne s'agit au fond que de dommages-intérêts, et les termes de *demi-fret*, dont la loi s'est servie, n'expriment que la mesure dans laquelle ces dommages-intérêts sont dus ; voy. du reste les explications présentées t. I, p. 116 et 117. En ce sens Valin *loc. cit.* p. 666, Bédarride n° 816, Nantes 2 juin 1858 (*J. M.* 38, 2, 40).

Dison enfin, pour terminer, que l'exercice de l'action réelle ne serait nullement exclusif de celui de l'action personnelle, soit contre le chargeur, soit contre le consignataire ; ce qui revient à dire que la loi n'a pas autorisé ici l'abandon, dont il est parlé en l'art. 216. A part même la raison de décider qui se tire de la différence des situations, car l'affréteur a contracté relativement au fret une obligation directe et personnelle, la loi nous fournit elle même en ce sens trois arguments décisifs : 1° l'art. 305 réserve au capitaine, en cas d'insuffisance de la marchandise, un recours contre le chargeur, 2° l'art. 307 ne donne que quinze jours après la délivrance pour exercer le privilége, tandis que l'art. 433 établit un délai d'un an pour l'exercice de l'action en général ; il y a donc ici deux droits distincts, soumis chacun à une prescription spéciale ; 3° l'art. 310 n'autorise pas l'abandon

pour les marchandises avariées, c'est-à-dire dans le cas où il serait le plus utile ; *à fortiori* en est-il également ainsi en thèse générale. En ce sens Bédarride n° 820, Aix 12 fév. 1846 ; voy. cep. Marseille 6 oct. 1869 (*J. M.* 25, 1, 265 ; 1869, 1, 299) (*).

Causes de dissolution ou de résiliation du contrat.

Cette troisième partie de nos explications se trouvera ici considérablement abrégée, par suite des développements déjà donnés à ce sujet, t. I, p. 537 et sq., en ce qui concerne l'*engagement des gens de mer*. Les deux contrats ont en effet, ainsi que l'observation en a déjà été faite, une très-grande affinité, et les règles qui gouvernent les gens de mer ne sont le plus souvent que le contre-coup de celles admises en notre matière.

Il faut distinguer, comme toujours, entre la dissolution survenue avant le voyage, et celle qui se produit après, en cours de navigation; et relativement à chacune d'elles, celle qui provient de cas fortuit ou de force majeure, et celle qui est due au fait même de l'affréteur.

I. *Dissolution antérieure au mariage, et provenant de cas fortuit ou de force majeure.* — Les dispositions réglementaires sont ici les art. 276 et 277 1er alin. ainsi conçus : *Si, avant le départ du navire, il y a interdiction de commerce avec le pays pour lequel il est destiné, les conventions sont*

(*) La question serait tout autre si le capitaine demandait le remboursement de certaines impenses par lui faites, ou l'exécution de certains engagements par lui contractés à l'occasion de la marchandise. Il y aurait ici une situation analogue à celle de l'art. 216, car, nous l'avons vu, le capitaine est le mandataire, ou, si l'on veut, le gérant d'affaires de l'affréteur comme de l'armateur (voy. t. I, p. 567), et en conséquence l'abandon devrait être admis ; *sic* Marseille 9 nov. 1857, 24 janv. 1868 et 6 oct. 1869 précité (*ibid.* 35, 1, 294 ; 1868, 1, 89).

résolues sans dommages-intérêts de part ni d'autre. Le chargeur est tenu de la charge et de la décharge de ses marchandises. S'il existe une force majeure qui n'empêche que pour un temps la sortie du navire, les conventions subsistent, et il n'y a pas lieu à dommages-intérêts à raison du retard. La loi distingue donc ici entre l'*interdiction de commerce*, et les autres cas de force majeure qui peuvent se produire avant le départ du navire. La première, *constituant* comme dit Valin (t. I, p. 626), *un obstacle insurmontable à l'accomplissement de la charte-partie*, met forcément fin au contrat. Et il importerait peu sous ce rapport que cette interdiction fut générale, comme en cas de déclaration de guerre (*), ou spéciale, comme celle qui résulte, soit du blocus de certains ports de commerce, soit de la prohibition d'importer ou d'exporter une marchandise déterminée (si l'affrétement avait précisément pour but le transport de cette marchandise) ; l'effet étant le même, la cause doit l'être également. Voy. t. I, p. 540 ; *adde* aux auteurs cités, Bédarride n° 665.

Quant aux autres cas de force majeure, ils laissent subsister la convention (sauf le retard apporté à son exécution), à une condition cependant, c'est qu'ils n'empêchent que pour un temps la sortie du navire ; ce qui explique, en sens inverse, que lorsque la force majeure ajourne indéfiniment l'exécution du contrat, elle doit opérer à l'égal de l'interdiction de commerce, et entraîner comme celle-ci la résiliation des accords des par

(*) Mais il ne faudrait pas voir l'*interdiction générale* dans le fait, ou d'une révolution intérieure, ou d'une maladie contagieuse, qui auraient éclaté dans le lieu de destination (à moins qu'il ne fut intervenu dans cette dernière hypothèse des lois sanitaires pour prohiber l'entrée ou la sortie du navire) ; car ce double fait n'implique pas une interruption forcée des relations commerciales ; voy. Marseille 7 sept. 1831, 23 sept. 1835, 4 janv. 1850, 10 nov. 1854, et Rouen 8 mars 1869 (*J. M.* 12, 1, 291 ; 15, 1, 248 ; 29, 1, 37 ; 32, 1, 319 ; 1870, 2, 20).

ties; *sic* Bédarride n° 667. Le principe est donc certain, l'application seule peut faire naître des doutes, et la question s'est présentée notamment pour l'*arrêt*, et l'*état de guerre* existant, non pas avec le lieu de destination, mais avec un pays voisin. Nous avons examiné déjà, t. I, p. 540 et sq., ce double point, nous n'avons donc pas à le reprendre ici; il suffira de nous référer aux explications qui y ont été présentées, sous la réserve cependant des observations suivantes.

En ce qui concerne l'*arrêt*, nous ne pouvons que transporter ici la solution adoptée, en l'accentuant davantage encore, en ce sens que l'arrêt, par le fait même qu'il ajourne indéfiniment le départ du navire, nous paraît rentrer beaucoup plus dans la disposition de l'article 276 que dans celle de l'article 277; *sic* Marseille 26 septembre 1833, cassation 1er mai 1848 (*J. M.* 13, 1, 322; 27, 2, 65, et *D. P.* 1848, 1, 86) (*). La question semble d'abord plus délicate, au sujet de l'état de guerre dont nous avons parlé; car ici, à la différence de ce qui se passe pour les engagements des gens de mer, le capitaine n'a pas le droit de se départir de la convention en payant une indemnité proportionnelle au demi-fret. Nous croyons cependant qu'il faut s'en tenir à l'opinion généralement suivie, malgré l'inégalité de situation qui en résulte entre le capitaine et l'affréteur; l'état de guerre dont s'agit, n'empêchant pas, par lui-même et d'une façon directe, l'exécution immédiate du contrat, ne tombe sous le coup, ni de l'art. 276, ni de l'art. 277. Les accords des parties restent donc intacts, et il doit y être donné suite, malgré les dangers qui vont en résulter pour les uns et les autres, dangers auxquels il sera obvié le plus souvent par une assurance; voy. cep. Nantes 23 juillet 1870 (*J. M.* 1870, 2, 163).

(*) *Nonobstant* l'art. 300, ainsi qu'on va le voir.

II. *Résiliation survenue avant le voyage, mais due au fait de l'affréteur.*

Nous avons signalé, t. I, p. 536, le droit qu'ont le capitaine ou l'armateur de résilier, avant le départ du navire, leur convention avec les gens de mer ; une situation analogue se produit en matière d'affrétement ; ou plutôt, ainsi que nous l'avons observé *loc. cit.*, la faculté laissée, soit au capitaine, soit à l'armateur, n'est que la conséquence d'un droit parallèle reconnu à l'affréteur, en ce qui concerne la charte-partie. Les contrats maritimes sont en effet forcément aléatoires ou conditionnels, c'est-à-dire qu'ils dépendent, pour leur exécution, de la réalisation du voyage projeté. Ceci est encore plus vrai de notre contrat que des autres; ce n'est en effet que parce qu'il en est ainsi tout d'abord de l'affrétement, que la même règle gouverne les autres conventions, comme des dépendances d'une opération première et principale.

L'affréteur peut donc, en principe, lorsque la chose est à sa convenance, par exemple lorsqu'il ne reçoit pas en temps utile la marchandise, objet du transport, ou ne juge pas l'expédition assez fructueuse, se départir de ses accords avec le capitaine (art. 288 et 291 cbn.). Le bon sens indique cependant qu'il ne saurait le faire sans condition ; le droit est assez exorbitant par lui-même (cpr. art. 1174 Cod. civ.), pour que l'exercice ait besoin d'en être réglementé. Il y a donc des conditions : la première, incontestable et incontestée, consiste dans le paiement du demi-fret (art. 288) ; c'est une sorte de prime ou d'indemnité de rachat de la convention, analogue à celle dont il est parlé dans les art. 252 et 349 (1). Une seconde condition, c'est que

(1) Il est évident que si l'affrétement était convenu pour l'aller et le retour, le demi-fret devrait être calculé et payé sur le tout, par suite de l'indivisibilité du voyage ; voy. Bédarride n° 754.

le chargement n'ait pas encore été effectué, parce que alors seulement les choses sont encore entières, et que le capitaine est présumé pouvoir, sans trop de difficultés, se procurer d'autres affrétements ; aussi le même art. 288, après avoir énoncé la condition du non-chargement, ajoute-t-il *in fine*, que *si le navire a reçu une partie de son chargement, et qu'il parte à non-charge, le fret entier sera dû au capitaine.*

Toutefois, ceci reçoit une exception remarquable, en cas d'affrétement à cueillette, et l'article 291 porte textuellement à ce sujet : *si le navire est chargé à cueillette, soit au quintal, au tonneau ou à forfait, le chargeur peut* RETIRER *ses marchandises, avant le départ du navire, en payant le demi-fret.* Ainsi la faculté de résiliation persiste ici même après le chargement. Quelle est la raison de cette singularité? Locré l'a indiquée en quelques mots de la façon la plus nette : *c'est,* dit-il, *que le capitaine a le droit lui-même de ne pas prendre les marchandises* (*), *lorsqu'il ne trouve pas à compléter la charge de son navire, et* QU'IL ÉTAIT JUSTE D'ÉTABLIR UNE SORTE DE RÉCIPROCITÉ EN FAVEUR DU CHARGEUR, *en lui donnant aussi le droit de rompre le voyage, sans payer le fret entier, aux termes de la convention* (t. III, p. 257). Ceci n'avait pas été compris tout d'abord, et Valin, interprétant la disposition correspondante de l'Ordonnance (art. 6 du liv. III, tit. III), tenait 1° que cette disposition ne s'étendait pas à l'affrétement total, ce qui n'était pas douteux, en présence des termes de l'art. 3 même titre, termes absolument contraires à ceux de notre article 288 ; 2° mais qu'elle comprenait les affrétements faits au quintal ou au tonneau, alors même qu'ils ne le seraient pas en même temps à cueillette (t. I, p. 646 et 647), et la raison qu'il en donnait, à

(*) Ou de les débarquer, s'il les a déjà chargées.

savoir que *le maître peut toujours trouver à remplacer les marchandises retirées de son navire*, est en effet générale de sa nature, et reçoit son application dans toutes les espèces d'affrétements. Ceci n'en était pas moins erroné, et dans ses *considérants* et dans son *dispositif*. Si en premier lieu le motif mis en avant par Valin avait été fondé, il aurait dû régir, ainsi que nous venons d'en faire la remarque, tous les affrétements sans distinction, l'affrétement total comme l'affrétement partiel ; or, en cas d'affrétement total, non-seulement le chargeur ne pouvait pas retirer ses marchandises, mais il ne pouvait même, à la différence de ce qui est admis aujourd'hui, rompre le contrat, avant d'avoir chargé. En second lieu, les termes de l'Ordonnance, quoique moins précis que ceux du Code, étaient encore suffisamment clairs : *Si le vaisseau*, disait-elle, *est chargé à* CUEILLETTE, *ou au quintal ou au tonneau*; le seul fait de la répétition de la particule *ou* indique bien que dans la pensée de la loi les affrétements *au quintal* ou *au tonneau* n'interviennent ici que comme une sous-distinction de l'affrétement *à cueillette*. Du reste l'absence d'observation sur ce point, lors de la discussion du projet du Code, dénote également qu'on n'a rien innové sous ce rapport, et que l'art. 291 est aujourd'hui ce qu'était autrefois l'art. 6, tit. III, liv. III de l'Ordonnance.

Il va sans dire que dans cette hypothèse spéciale, l'affréteur doit, en plus du demi-fret, les frais de déchargement de la marchandise, et du retard qui en a été la conséquence, c'est-à-dire les surestaries au taux convenu ou d'usage; l'équité le voulait ainsi, et l'art. 291 2e alin., en s'exprimant sur ce point, n'a fait que donner une consécration légale à une chose qui allait, pour ainsi dire, de soi.

III. *Résiliation ou dissolution intervenue pendant le voyage, et provenant de force majeure.* — Nous allons re-

trouver ici les mêmes faits que ceux que nous avons rencontrés avant le départ du navire, mais avec une portée et des conséquences singulièrement amoindries; on conçoit en effet que, lorsque la situation n'est plus entière, il faille tenir compte, en même temps que de l'intérêt du chargeur, dont l'opération se trouve manquée ou compromise, de celui de l'armement, qui est à découvert, et qui, par suite, doit être indemnisé de tous les frais de la *mise hors* du navire.

L'art. 299, relatif à l'interdiction de commerce, dispose ce qui suit : *S'il arrive interdiction de commerce avec le pays pour lequel le navire est en route, et qu'il soit obligé de revenir avec son chargement, il n'est dû au capitaine que le fret de l'aller, quoique le vaisseau ait été affrété pour l'aller et le retour*. La loi a donc fait un départ très-équitable entre les deux intéressés de la perte subie; à l'armateur elle attribue le fret d'aller, et tout le fret d'aller (par opposition à ce qui est décidé en l'article 296 3e alin.) (*), pour le dédommager, des frais dont nous avons parlé, et parce qu'il n'a pas dépendu de lui en somme que le voyage ne fût accompli; à l'affréteur, elle accorde la dispense du fret de retour, alors même que le navire aurait été affrété pour l'aller et le retour, parce que ce retour ne s'exécutant pas dans les conditions prévues par la charte-partie, n'est d'aucune utilité pour lui, et ne doit point dès lors retomber à sa charge; cpr. les observations présentées t. I, p. 519 et 520.

Des difficultés pratiques se sont élevées, au sujet de l'art. 299, sur la question de savoir à quel moment commence le voyage d'aller, et à quel moment il se termine. Ainsi, d'une part, un af-

(*) Il ne s'agit pas en effet ici d'une cause ordinaire d'interruption du voyage, telle que celle qui résulte des périls inhérents à toute navigation, mais d'une cause extraordinaire, en dehors de la prévision des parties; cpr. Valin t. I p. 657.

frètement est conclu dans les conditions relatées ci-dessus p. 86, c'est-à-dire avec l'obligation pour le capitaine d'aller prendre charge dans un lieu indiqué, qui n'est pas celui de la formation du contrat; une interdiction de commerce survient avant que le navire soit arrivé au port de charge. *Quid juris?* Le voyage doit-il être censé commencé et par conséquent y a-t-il lieu à l'application de notre disposition? ou bien se trouve-t-on dans le cas de l'art. 276? Un jugement du tribunal de commerce de Marseille en date du 11 novembre 1858 (*J. M.* 37, 1, 85) se prononce dans le sens de la première opinion, par le motif que le trajet préliminaire dont s'agit *ne doit pas être considéré comme compris dans l'affrètement, mais simplement comme une condition résultant de la force des choses, et que le capitaine accomplit à ses risques et périls, pour faire sortir la charte-partie à effet.* Le tribunal a invoqué, il est vrai, en plus des raisons de fait, qui, dans l'espèce, commandaient forcément cette solution. Mais la décision de principe ne nous paraît pas moins à l'abri de toute critique; l'art. 273, par cela seul qu'il exige qu'on fasse mention dans la charte-partie des lieux convenus pour la charge et la décharge, indique par cela même que ce sont là les deux points extrêmes du contrat, le commencement et la fin du transport à effectuer. Le trajet préliminaire que le capitaine doit accomplir pour aller prendre charge ne constitue qu'un supplément à ses obligations, supplément qu'il a dû se faire payer par une surélévation du fret.

Autre hypothèse : un navire est affrété pour l'aller et le retour, avec l'indication de plusieurs destinations successives; où sera la ligne de démarcation entre le voyage d'aller et celui de retour? Je crois qu'elle sera à la dernière destination, au point extrême que doit atteindre le chargement d'entrée; jusque là en effet le voyage de retour ne peut être réputé commencé, puisque l'objet que l'on avait en vue dans l'expédition première

n'a pas été complétement rempli. Si donc le navire, après être parvenu à un port d'échelle, revient avec une partie de son chargement, le fret d'aller seul est dû, et non celui de retour; *sic* Marseille 6 août 1827 (*ibid.* 9, 1, 301).

Remarquons en terminant qu'il ne peut y avoir lieu à l'application de l'art. 299, que tout autant que l'interdiction serait assez générale pour nécessiter le retour du navire avec son chargement. S'il ne s'agissait que d'un simple blocus, interdisant une ou plusieurs places de commerce aux neutres, le capitaine aurait le devoir de se rendre dans un port voisin et d'y décharger, et ce faisant, il gagnerait son fret, même celui de retour, dans le cas où il aurait fait l'objet d'une convention expresse entre les parties; l'art. 279 est formel sur ce point. Le projet de 1865 proposait, il est vrai, de donner sous ce rapport un certain pouvoir d'appréciation au capitaine, et par conséquent imposait à celui-ci une certaine responsabilité, dans le cas où il aurait pris une détermination intempestive. Mais en l'état la solution ne saurait être autre que celle indiquée ci-dessus, et par suite l'affrétement devrait être considéré comme sortant son plein et entier effet; Cass. 10 déc. 1818; Bordeaux (trib.) 4 juin 1847 (*J. M.*, 1, 2, 82; *D. P.* 1857, 4, 56).

L'art. 300 a expressément prévu ici le cas d'un arrêt, et il résulte tout d'abord de sa disposition, qu'à l'inverse de l'interdiction de commerce, l'arrêt ne dissout pas, même pour l'avenir, la convention; il la laisse en suspens, comme les cas de force majeure dont il est question en l'art. 277 2e alin., et auxquels il est assimilé. La loi a donc tranché ici une question qui subsiste tout entière, et a été résolue diversement pour l'arrêt survenu avant le voyage; et la différence de solution, qu'il pourrait y avoir entre les deux cas, se comprend au fond très-bien. Lorsque l'arrêt se produit avant le départ du navire, les choses

sont encore entières, et par conséquent il n'y a nul inconvénient à résoudre la convention, et à rendre à chacun sa liberté, pour peu que la durée ou la prolongation de l'arrêt soient indéterminées ; on est alors dans l'esprit, sinon dans les termes, de l'article 276, et encore une fois l'art. 277 n'est pas contraire à cette doctrine. Telle n'est plus la situation, lorsque l'arrêt survient en cours de voyage ; ici le contrat a été à demi exécuté, les parties ont fait des frais considérables, et l'application de l'art. 299 aurait pu, suivant les hypothèses, les constituer l'un et l'autre en perte. La loi a donc cru bien faire en ne résiliant pas les accords intervenus, et en n'admettant qu'un effet suspensif, sauf à régler exactement la situation de chacun pendant cette période d'interruption forcée, en ce qui concerne soit le droit au fret, soit les mesures à prendre pour la conservation des marchandises.

Si l'on s'en était tenu, sous le premier rapport, aux principes, voici ce qu'il aurait fallu décider : en cas d'affrétement *au voyage*, le capitaine n'aurait pu demander une augmentation de fret, car il y a ici un forfait qui s'oppose à toute modification de la convention des parties; mais en cas d'affrétement *au mois*, il aurait pu exiger le fret des mois de détention, par suite de la base et du mode de calcul adoptés par les contractants. De ces deux solutions cependant, la loi n'en a maintenu qu'une, la première ; en ce qui concerne l'affrétement au mois, elle a suspendu le paiement du fret pendant tout le temps de l'arrêt. Valin nous indique encore ici, avec sa netteté ordinaire, les motifs qui ont déterminé le législateur de l'Ordonnance, et par suite celui du Code de commerce : *Suivant la règle étroite des contrats*, dit-il, *l'arrêt du navire par ordre souverain durant le voyage, ne devrait pas empêcher le fret de courir, l'affrétement étant au mois, parce que c'est là un incident dont le propriétaire du navire, ou le maître qui le représente, ne*

doit pas répondre..... MAIS OBLIGER LES CHARGEURS A PAYER LE FRET INDÉFINIMENT EN CAS D'AFFRÉTEMENT AU MOIS, C'EUT ÉTÉ LES EXPOSER A PERDRE TOUT LEUR CHARGEMENT (t. I, p. 658). Ce qui prouve, entre parenthèses, que cette façon d'envisager l'arrêt n'est pas sans inconvénient.

Toutefois cette exonération du fret ne peut aller sans un tempérament, car l'armateur supporte pendant ce temps les frais de nourriture de l'équipage et la moitié des loyers, (le tout même, si les matelots sont engagés au voyage, art. 254). Aussi l'article 300 ajoute-t-il que cette nourriture ou ces loyers *sont réputés avaries*, et par conséquent susceptibles de donner lieu à une contribution entre les deux intéressés. Nous disons *susceptibles*, car la contribution n'existe pas de plein droit et dans tous les cas, et la disposition de l'art. 300 doit être combinée avec celle de l'art. 400 6°, duquel il résulte que ces impenses seront ou non avaries grosses, et par conséquent donneront ou non lieu à la contribution, suivant que l'affrétement aura été fait *au mois* ou *au voyage*. Ce qui n'est que juste, quoique en aient dit Valin, et d'autres après lui (voy. Locré sur l'art. 300 p. 294 et sq.), attendu que lorsque l'affrétement a été fait au voyage, le capitaine ou l'armateur ne font que supporter les conséquences de forfait qu'ils ont stipulé.

Voilà, quant au fret. La réglementation, en ce qui concerne les marchandises, est encore plus simple, et l'art. 278 se borne à dire que *le chargeur peut, pendant l'arrêt du navire, faire décharger les marchandises à ses frais, à condition de les recharger ou d'indemniser le capitaine*. Le capitaine aurait pu faire sous ce rapport des difficultés, par crainte de perdre ou d'amoindrir son gage, c'est pour cela que le législateur a jugé à propos de s'expliquer sur ce point. Mais il va sans dire que cette faculté ne doit pas être exercée au préjudice de l'arme-

ment, par conséquent 1° l'affréteur, ou tout autre pour lui, devra décharger ou recharger à ses frais; 2° en retour il paiera les surestaries d'usage; 3° à défaut de rechargement, il devra le fret entier, par application de l'art. 293. La loi autorise toutes ces conséquences, par le seul fait qu'elle admet ici le principe d'une indemnité.

N. B. Il ne faudrait pas confondre, sous le rapport dont nous parlons, avec l'arrêt la *quarantaine* exigée quelquefois des navires, dans un but sanitaire. La quarantaine est à la charge exclusive de l'armement, à moins qu'elle ne soit la conséquence de fortunes de mer, et par conséquent le capitaine ne saurait, en cas d'affrétement *au mois*, prétendre à une augmentation de fret de ce chef. Du reste le plus souvent, la marchandise n'attend pas sur le navire la fin de la quarantaine; à moins qu'elle ne soit contumace ou suspecte, elle est transportée par des gabarres ou alléges à quai, où les consignataires viennent en prendre livraison.

IV. *Résiliation ou dissolution survenue en cours de voyage, et due au fait de l'affréteur.* — Cette résiliation ou dissolution n'est ici pas possible, ou si elle l'est, ce n'est qu'à la charge et sous la condition de l'acquittement de l'entier fret, à moins que le retirement de la marchandise ne fut provenu de la faute du capitaine (art. 293). La raison de cette disposition se conçoit trop bien pour qu'il soit nécessaire d'y insister beaucoup : c'est qu'ici, comme dit Valin, *le maître serait mis hors d'état de remplacer ces marchandises, au moyen de quoi il serait constitué en perte, si le fret ne lui était pas payé en entier* (t. I, p. 648). Il y a donc une différence à ce point de vue entre l'*affrétement* et l'*engagement des gens de mer*; en matière d'engagement des gens de mer, le capitaine ou l'arma-

teur ont le droit de rompre le contrat, même en cours de voyage, sauf, bien entendu, paiement d'une certaine indemnité ; ici l'affréteur ne le peut pas. Cela tient à ce que, pour les gens de mer, le voyage importe peu, l'essentiel est qu'ils soient suffisamment indemnisés, et ils le sont, par la demie de leurs loyers et le paiement de leurs frais de retour, tandis qu'en ce qui concerne les rapports du capitaine et du chargeur, ce serait faire perdre à l'armement tout le profit de l'expédition par lui faite, si on pouvait lui retirer, même avec indemnité, tout ou partie de la cargaison pendant le voyage.

Il faudrait assimiler au retirement la vente de la marchandise elle-même, effectuée ou non par le capitaine, si cette vente était commandée par l'état d'avarie de cette marchandise. Le chargeur ne serait admis dans cette hypothèse qu'à contester l'*utilité* de la gestion; mais une fois le *bien géré* admis, il devrait l'entier fret ; car il importe peu, pour le propriétaire du navire, qu'il y ait eu vente en même temps que retirement, ensuite que ce retirement et cette vente aient été opérés par les soins du chargeur ou de son représentant, ou bien par ceux du capitaine, si par le fait tout cela a eu lieu dans les conditions indiquées par l'art. 293, c'est-à-dire n'a pas été déterminé par la faute ou la négligence de l'équipage. La jurisprudence est constante sur ce point.

CHAPITRE VI.

Du Contrat à la grosse (1).

---

(1) Nous plaçons ici l'étude du ***prêt ou contrat à la grosse***, pour nous conformer à l'ordre généralement suivi. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a là une interversion complète des matières, et cette interversion n'est pas étrangère aux ***abstractions*** ou ***obscurités*** que va signaler M. Cresp. Le bon sens et la logique indiquent en effet que le prêt à la grosse ou l'assurance, n'ayant pour but que de conjurer, au regard des intéressés, les dangers de la navigation, et de remédier aux pertes ou ***avaries*** qui en sont la conséquence, il fallait tout d'abord s'occuper de ce dernier sujet, et en présenter une étude à la fois distincte et préparatoire. Après quoi on aurait passé soit au ***prêt à la grosse***, soit à l'***assurance***, à l'assurance surtout, qui mérite d'être placée en première ligne, par suite de son importance pratique de plus en plus grandissante. C'est l'ordre suivi par Emérigon dans ses deux immortels traités.

La division adoptée par l'Ordonnance, et par le Code de commerce à la suite, s'explique historiquement. On a placé en tête le ***Prêt à la grosse***, parce que c'est, des deux contrats dont s'agit, le plus ancien, et que la plupart de ses règles se trouvent

Après les *ventes* (2), les *sociétés*, les *louages maritimes*, nous passons aux *prêts maritimes*.

C'est du *Contrat à la grosse*, dont il va être ici question.

Dans une matière qui, du moins au premier abord, ne paraît pas exempte d'abstraction et d'une certaine obscurité, il est bon, je crois, de commencer par une explication simple et facile à saisir, de l'idée qui a présidé et préside encore à la formation et à l'usage de notre contrat.

---

déjà écrites dans le Droit romain. L'*assurance* est venue ensuite, comme un développement ou une application nouvelle du principe même posé dans le *prêt à la grosse*. Enfin on a rejeté *ad calcem* la matière des *Avaries*, par la même raison qui a fait placer, dans le Code civil, les dispositions relatives aux *engagements sans contrat* après celles concernant les *obligations conventionnelles en général*; on a vu là une sorte d'annexe à une théorie toute construite déjà, et complète par elle-même.

Quoi qu'il en soit (et ceci est la conclusion de tout ce qui précède), on ne sera pas étonné, qu'en ce qui concerne toutes les questions communes au *prêt à la grosse* et à l'*assurance*, nous nous bornions à de simples renvois; l'intérêt qui s'attache aujourd'hui à ce dernier contrat, et qui en fait en quelque sorte le centre de tout le droit maritime, nous paraît justifier d'une façon absolue cette détermination et ce procédé.

(2) Les *ventes* ne forment pas une tête de chapitre distincte, comme semble l'indiquer le texte; elles sont comprises dans le chapitre III, *des Navires*; voy. t. I, p. 242 et sq.

J'ai eu plus d'une fois occasion de le dire : les expéditions maritimes sont des choses très-coûteuses et très-chanceuses tout à la fois, surtout depuis l'extension qu'ont successivement reçue la navigation et le commerce extérieur.

Le propriétaire d'un navire, qui veut le mettre en état de prendre un chargement et de naviguer sur des mers plus ou moins lointaines, plus ou moins périlleuses, aura à faire pour cela des dépenses considérables.

Et combien ces dépenses s'accroîtront encore, s'il veut à ses propres frais, pour son propre compte, mettre à bord une cargaison de marchandises !

Ceux mêmes qui, étrangers à la propriété du navire, veulent le prendre à loyer en tout ou en partie, et y charger des marchandises pour leur propre compte, n'ont pas toujours à leur disposition les fonds nécessaires pour solder leurs achats et leurs frais de transport.

De là de fréquents emprunts que sont obligés de faire les propriétaires, armateurs et chargeurs.

Et pour rembourser l'argent emprunté, avec l'intérêt qu'exige naturellement le prêteur, ces emprunteurs comptent sur le succès de l'expédition, sur les profits qu'elle pourra leur donner.

Mais la chance peut être contraire. La navigation est sujette à mille risques divers. Il peut se faire que, par suite d'accidents pareils, leur chose, navire ou chargement, vienne à périr, ou soit plus ou moins endommagée et dépréciée.

Et alors comment ces emprunteurs rembourseront-ils leur prêteur en capital et intérêts ?

Il n'y a qu'un moyen d'échapper à ces embarras et de pourvoir à ces difficultés.

C'est pour les emprunteurs, de ne traiter et de ne contracter qu'*aléatoirement* :

C'est-à-dire, de ne s'obliger à rembourser à leurs prêteurs capital et intérêts, qu'à la condition que le voyage s'accomplisse heureusement, que le navire ou le chargement parvienne sans dommage à destination.

Oui ; mais comment, à cette condition, pourra-t-on trouver des prêteurs ?

On en trouvera, moyennant *certaines sûretés* et *certains avantages* qu'on leur offrira, en compensation de la chance qu'ils consentiront à courir.

Et d'abord, comme garantie spéciale, on affectera à leur remboursement éventuel la chose même de l'emprunteur, navire ou chargement, à laquelle seront employés ou censés employés les fonds empruntés.

Mais cette affectation, quelque privilégiée qu'elle soit, sera elle-même très-chanceuse, car la chose affectée peut dépérir ou même s'évanouir complétement en cours de navigation.

Le prêteur court donc toujours le risque de n'être pas remboursé, de perdre ses avances et l'intérêt ordinaire à en percevoir.

Qu'à cela ne tienne : le prêteur couvrira ce risque, s'en indemnisera, en stipulant un intérêt plus élevé que

celui qu'il exigerait, s'il pouvait toujours compter sur son remboursement.

Le risque de perte se trouve ainsi, pour lui, balancé et compensé, et même au-delà, par la chance que, l'expédition réussissant, il rentrera dans son capital, non-seulement entier, mais singulièrement accru par l'intérêt qu'il aura stipulé en conséquence.

Voilà l'idée sommaire et générale du contrat de prêt maritime, dégagée, autant que possible, de toute explication scientifique (3).

Faut-il après cela le définir dogmatiquement ? Il y a longtemps qu'on a dit, que rien n'est plus ardu ni plus périlleux qu'une bonne et complète définition.

Et cela peut surtout se dire des contrats qui, tels que le nôtre, sont d'une nature complexe, c'est-à-dire sont la combinaison de plusieurs contrats.

Le mieux sera donc, au moins à présent, de nous abstenir d'une chose qui serait à la fois *embarrassante* et *inutile*.

---

(3) Nous trouvons encore là un exemple de cette méthode qui, répudiant les formules d'école, et procédant par larges et simples explications, savait répandre de l'intérêt sur les conceptions les plus abstraites. On ne saurait en effet rendre plus sensibles, même pour des esprits entièrement novices, la raison d'être du contrat à la grosse, le mécanisme qui le différencie du prêt ordinaire, et les avantages qu'il présente pour les deux parties.

Embarrassante, car Pothier lui-même y a échoué (1), bien que d'autres aient, faute de mieux, adopté sa formule, ou, voulant la redresser, n'y aient pas davantage réussi ;

Inutile, car en général, et ici en particulier, une définition, pour être bien faite et bien comprise, doit suivre et non précéder l'exposé de la théorie dont elle est le résumé, et, pour ainsi dire, la condensation.

Qu'il nous suffise, pour le moment, de dire de notre contrat, en termes généraux et sans vouloir tout embrasser, que c'est un prêt aléatoire et conditionnel, dont le remboursement intégral ou partiel dépend des chances que courra en mer tel objet déterminé.

Mais, pour nous bien entendre, expliquons d'abord les mots techniques de la matière, le vocabulaire spécial de notre contrat.

En France, la convention était appelée autrefois *contrat* ou *prêt à la grosse aventure* (à raison des risques qu'y prend sur lui le prêteur), ou *à retour de voyage*

---

(1) Sa définition présente à la fois des longueurs et des lacunes. Emérigon, pourtant, la lui emprunte, en disant qu'elle se trouve à peu près la même partout. Celle du Code Hollandais (art. 569) n'est pas plus satisfaisante, bien que Bressolles (p. 9 n° 6), la trouve excellente ; ainsi du Code Allemand (art. 680) *(Note de M. Cresp)*. — Voy. aussi Valin, t. II, p. I ; Pardessus, t. III, n° 887 ; Dageville t. II p. 468, Dalloz *Répert* v° *Droit maritime* n° 1235 ; Bédarride, t. III, n° 825 ; Caumont, *Dict. de droit marit.*, v° *emprunt à la grosse*, n° 1.

(attendu que, dans un temps, le prêt n'était remboursable qu'à la rentrée au port de départ). Aujourd'hui on le désigne plus sommairement par les simples mots de *contrat* ou *prêt à la grosse*. L'écrit ou acte dressé pour la constater s'y nomme plus particulièrement dans l'usage, *contrat de grosse*, *billet de grosse*, *lettre de grosse*.

A l'étranger et dans le nord l'expression consacrée était le mot *bomerie*, dérivé du flamand, et qui signifie quille équipée, vaisseau garni, parce que ce n'était d'abord que sur le navire qu'on empruntait ainsi (5).

En Italie et dans le Levant, le terme employé était quelquefois *hypothèque* (par suite sans doute de la garantie qu'a ici le prêteur). Mais plus communément le contrat y est connu sous le nom de change maritime (*cambio marittimo*).

Parmi nous, le prêteur s'appelle indifféremment *prêteur* ou *donneur*, et l'emprunteur, *emprunteur* ou *preneur* à la grosse.

En Italie, le prêteur *cambiante*, et l'emprunteur *cambiatore*.

L'intérêt promis au prêteur, pour le cas d'heureuse arrivée, est appelé *profit* ou *change maritime*, *intérêt* ou *profit nautique* ; on l'appelle aussi *prime de grosse*,

---

(5) Certains auteurs distinguent entre la *bomerie* ou prêt sur corps, et l'*argent trajectice* ou prêt sur facultés; voy. Emérigon, t. II, p. 385. Du reste ces dénominations ne sont plus guère usitées aujourd'hui.

par suite d'une assimilation avec le contrat d'assurance, comme nous allons le voir.

Ceci dit, à quelle époque faut-il rapporter l'invention et l'usage de notre contrat ? Il n'est pas inutile de préciser ce point en quelques mots.

Le contrat et ses règles ne sont pas, il s'en faut, d'origine moderne.

Son invention, son usage, nés de la nécessité même, se perdent, pour ainsi dire, dans la nuit des temps.

Sans entrer ici dans des détails, qui viendront mieux plus tard, indiquons seulement qu'il était très-connu et pratiqué à Athènes, que de là, il passa dans le Droit Romain, où il était connu et pratiqué sous le nom de *pecunia trajectitia*, *pecunia nautica*, *fœnus nauticum*.

Diverses lois existent en effet à ce sujet au Digeste et au Code, sous la rubrique de *nautico fœnore* (Dig. liv. XXII, tit. 2 ; Cod. liv. IV, tit. 33).

Le fond, les éléments principaux en sont restés les mêmes ; les formes et les conditions seules ont changé, par suite du progrès de la navigation et du commerce maritimes (6).

---

(6) Voy. à ce sujet d'intéressants détails dans Valin, t. II, p. 1 et 2, et surtout dans Emérigon, qui a conservé une section spéciale à l'analyse des lois romaines, *ibid*. p. 380 et sq ; cpr. aussi Bressoles p. 2 et sq.

Sous le rapport juridique, quelle est la nature propre, quels sont les caractères distinctifs du contrat ?

D'après les docteurs, il est :

1° *Réel*, comme tout prêt, en ce sens qu'il n'est parfait que par la numération des espèces. Sous un autre rapport, on dit aussi qu'il est plus réel que personnel, en ce sens qu'on prête à la chose, plus qu'à la personne (7);

2° *Intéressé de part et d'autre*, à la différence du prêt ordinaire *naturellement* gratuit ;

3° *Non synallagmatique*, *unilatéral*, le prêteur, son argent fourni, ne s'y oblige à rien ; c'est un point que nous nous réservons du reste de mieux examiner ;

4° *Aléatoire*, en ce sens que le profit ou la perte y dépendent d'événements futurs et incertains ;

8° *Conditionnel*, la condition est ici celle de l'heureuse arrivée pour le remboursement du donneur, de la perte pour la libération du preneur (8).

---

(7) C'est en ce sens surtout qu'il faut entendre, et qu'on a entendu généralement cette qualification. L'autre acception n'a plus aujourd'hui aucun intérêt, en l'état du principe moderne de la *consensualité* de tous les contrats; à supposer en effet qu'en dehors de la tradition, il n'y ait pas prêt, il n'en existera pas moins, par le seul accord des parties, une convention valable et dès lors pleinement exécutoire; cpr. Emérigon, *op. cit.*, p. 391 ; Bédarride *loc. cit.*, Caumont *ibid.*

(8) On pourrait voir également le caractère dont s'agit dans ce fait que le contrat est soumis, pour son plein et entier effet, à la condition de l'accomplissement du voyage projeté (cpr. art.

6° Est-il de *droit strict* ou de *bonne foi* ? Les auteurs disent tantôt l'un, tantôt l'autre ; nous verrons ce qu'il en est.

7° Ils disent aussi qu'il est du *droit des gens*, en ce sens qu'il peut intervenir entre étrangers comme entre nationaux (9).

Les docteurs ont fait plus ; suivant une méthode ancienne, ils ont cherché à faire entrer notre contrat dans

---

252, 288, 349 Cod. com.) ; et ce point de vue serait même plus exact que le précédent, en ce sens que ce qui est conditionnel ici, c'est bien la convention elle-même, et non pas seulement l'obligation de l'une des parties. Toutefois ce n'est pas ainsi que la chose a été généralement interprétée, soit par suite du silence des textes, soit parce que le défaut de réalisation du voyage n'empêche nullement qu'un prêt n'ait été consenti, et que l'emprunteur ne soit dès lors obligé de rendre ce qu'on lui a prêté. Mais aucune de ces considérations n'est décisive ; la première parce que à défaut d'une disposition spéciale, l'art. 349 s'applique de plein droit à l'espèce, étant donnée l'affinité profonde qui, ainsi qu'on va le voir, existe entre le contrat à la grosse et l'assurance ; la seconde, parce que si le prêt persiste ici, il ne persiste pas avec son caractère primordial, il devient prêt ordinaire, régi par les seules règles du droit commun ; en ce sens Valin sur l'art. 15 de notre titre, t. II, p. 16 et sq. ; Emérigon, chap. VI sect. 1, p. 494, Bédarride n° 881. Marseille (trib. civ.) 27 nov. 1866 (*J. M.* 1867, 2, 32) ; voy. cep. Marseille, 25 nov. 1856 (*ibid.* 35, 1, 159).

(9) Ces questions ont perdu aujourd'hui beaucoup de leur intérêt, par suite du progrès qui s'est fait dans les idées, et de l'homogénéité de plus en plus grande des législations.

tel ou tel des contrats déjà connus et pratiqués ; ils ont voulu en faire tantôt un *prêt ordinaire*, une *société*, une *vente*, une *assurance* ; les docteurs italiens surtout se sont complus dans ces subtilités.

L'explication en est bien simple ; il y avait autrefois une décrétale qui condamnait comme usuraire l'usage ou l'abus du contrat ; de là les efforts faits pour le légitimer ou le soustraire à l'anathème.

Ce n'est rien de cela, ainsi qu'Emérigon l'a fort bien démontré (p. 389) ; c'est un contrat qui a sa nature propre, il est admis partout comme légitime et nécessaire, sauf les abus à prévenir ou réprimer.

Il est pourtant vrai et reconnu qu'il y a une grande analogie et affinité avec l'*assurance*.

Le prêteur se charge des mêmes risques que l'assureur, il est vraiment assureur des objets affectés au prêt.

Le profit maritime du prêteur n'est pas autre chose que la *prime* de l'assurance, le prix du péril, *pretium periculi*.

Il y a même nature et théorie des risques dont l'un et l'autre répondent, cas fortuits ou de force majeure.

En un mot presque identité des deux contrats.

Mais d'un autre côté on a signalé entre eux certaines différences ou disparités :

Dans le contrat à la grosse, le donneur fait au moment même un déboursé, l'assureur ne débourse rien ; au contraire il reçoit ou est censé recevoir la prime.

En cas de perte, l'assuré aura à actionner son assu-

reur en paiement de la somme promise; rien de pareil pour le preneur, et c'est au contraire son donneur qui, en cas d'heureuse arrivée, aura à l'actionner en remboursement des fonds avancés.

Mais quelles que soient ces différences apparentes, il n'en faut pas moins reconnaître que le contrat de grosse participe tellement de l'assurance, qu'il n'en est, à vrai dire qu'une espèce particulière. Nous verrons mieux cela en temps et lieu (10).

Après ces notions générales, voyons ce qui est de l'*essence* du contrat, ce qui entre dans sa constitution même.

On y exige généralement quatre choses :

1° Une somme ou chose prêtée,

2° Des objets affectés à la sûreté du prêt,

3° Des risques auxquels ces objets soient exposés, et dont le prêteur se charge,

4° Un intérêt ou profit maritime auquel le prêteur ait droit, en cas d'heureuse arrivée, et qui soit pour lui

---

(10) Tous ces points sont aujourd'hui universellement admis ; cpr. Bressoles *loc. cit.* ; Bédarride nos 830 et 832 ; Caumont *op.* et *loc. cit.* n° 3 § 1. En ce qui concerne plus particulièrement les rapports de l'*assurance* et du *prêt à la grosse*, le lien est si étroit et le parallélisme s'impose tellement, que nous verrons plus tard M. Cresp, dans son étude de l'assurance, faire à chaque instant un retour vers le prêt à la grosse, et se demander, à propos de chaque question, ce qu'il doit en être relativement à ce dernier contrat.

l'équivalent de la privation de son capital, et du risque qu'il court de le perdre.

Reprenons succintement ces quatre conditions, sauf à y revenir quand l'occasion l'exigera.

§ I. — *Somme ou chose prêtée.*

Communément, presque toujours, ce sont des deniers, une somme d'argent ; aussi le Code de commerce, dans l'article 311, exige-t-il que le contrat à la grosse énonce le *capital prêté* (11).

Rien n'empêche du reste, et il peut arriver que ce soit tout autre chose, denrées marchandises, etc. (12).

---

(11) Mais cette somme ne doit pas être nécessairement fournie au moment du contrat ; le prêt à la grosse peut être passé pour garantie d'avances antérieures, sauf application dans ce cas des art. 323 1er alin. Cod. com. et 27 de la loi du 10 déc. 1874, c'est-à-dire que si ces avances se rapportaient à un précédent voyage, elles seraient primées par les prêts postérieurs, nonobstant la rédaction faite après coup d'un billet ou acte de grosse, et que si elles étaient intervenues avant tout voyage, elles ne jouiraient d'aucun privilége ; voy. Aix, 15 mars 1838 et 20 déc. 1865 (*J. M.* 17, 1, 118 et 1866, 1, 39). — *Contrà* Cass. 17 fév. 1824 (*ibid.* 5, 2, 130).

(12) *Sic* Marseille 30 août 1827 ; cpr. aussi Marseille (trib. civ.) 1er fév. 1822 (*ibid.* 10, 1, 282 ; 3, 2, 58). C'est dans cette hypothèse que le prêt à la grosse confinera de plus près, et présentera le plus de ressemblance avec certaines sociétés nautiques. Pour faire alors la différence, il faudra se pénétrer des caractères essentiels de notre contrat, et pour peu que l'un d'eux se trouve manquer, résoudre la question contre lui ; pa-

Mais il faut qu'elles soient appréciables en argent, qu'elles soient en effet estimées, que la propriété en passe au preneur, qu'il puisse en disposer ou les consommer, sauf à en rendre, en cas d'heureuse arrivée, l'équivalent ou l'estimation.

Pourquoi cela? C'est que le prêt à la grosse, en quoi que consiste la chose prêtée, est toujours et nécessairement considéré comme un *mutuum* ou *prêt de consommation*, et doit en avoir tous les caractères (art. 1883 et 1893 Cod. civ.).

Si donc la chose prêtée était non appréciable ou non appréciée, si le donneur en retenait la propriété, si la restitution devait s'en faire en nature, il n'y aurait plus qu'un *prêt à usage*, un *commodat* ; ou plutôt ce ne serait même plus un prêt de cette espèce, car il est de l'essence du commodat d'être purement gratuit (art. 1876). Ce serait un simple *louage de chose*, où la restitution dépendrait de chances éventuelles : ce serait, si l'on veut, un *louage à la grosse*, comme il arrive aux auteurs de qualifier un pareil accord, bien différent de celui qui constitue et caractérise un véritable prêt à la grosse (13).

---

reille convention est en effet trop exceptionnelle, trop en dehors des données ordinaires pour pouvoir se supposer ; le jugement précité du tribunal civil de Marseille contient une application parfaitement juridique de cette idée.

(13) En ce sens Emérigon p. 486 et sq. Pardessus, t. III, p. 524 et sq.; Bressolles, p. 8; cpr. Bédarride n° 840.

§ II. — *Objets affectés au prêt,* c'est-à-dire *objets auxquels les fonds empruntés seront applicables, soient destinés à pourvoir.*

Tous objets peuvent l'être, pourvu qu'ils soient dans le commerce, et exposés aux risques de mer, car les fonds empruntés doivent suivre leur sort, leur bonne ou mauvaise fortune.

D'après l'art. 315 Cod. com., ces objets sont :

Le corps et la quille du navire (c'est-à-dire le navire et ses accessoires).

Les agrès et apparaux,

L'armement et les victuailles,

Le chargement.

Et l'emprunt peut être fait,

Sur tous ces objets conjointement, auquel cas on dit qu'il y a prêt sur corps et sur facultés,

Sur chacun d'eux séparément,

Sur tout ou partie de chacun (14).

Comme conséquence et force légale de cette affecta-

---

(14) Sur tous ces points voyez les explications intéressantes de Valin sur l'art. 2 du liv. III, tit. V, t. II, p. 4 et sq., et d'Emérigon chap. V, sect. 1, p. 473 et sq. ; cpr. aussi le présent ouvrage t. I, p. 54 et sq. Depuis longtemps du reste on a perdu l'habitude de décomposer toutes ces choses, et les prêts à la grosse, comme les assurances ne se font plus que *sur corps* (ce qui ne concerne que le navire avec les divers accessoires qui s'y rattachent), *sur facultés* (ce qui est particulier au chargement), ou enfin *sur corps et facultés* (ce qui comprend tout, navire et chargement).

tion, le donneur a privilége, pour son remboursement éventuel, sur ce qui a été affecté à son prêt (art. 320).

Si le prêt a eu lieu sur corps et facultés, le privilége existe sur le tout ; si c'est sur corps seulement, il ne porte que sur le navire et ses accessoires ; enfin s'il ne porte que sur une quotité, la moitié ou le tiers, le privilége n'existe également que dans cette proportion (15).

Il n'est pas indispensable du reste que la chose affectée soit corporelle. On peut emprunter sur une créance, sur le profit des marchandises expédiées, sur le fret dû au navire.

Mais cela ne s'entend que des profits déjà faits, que du fret déjà acquis.

Prohibition est faite pour les *profits espérés*, et pour le fret à faire (art. 318).

La raison en est que ce sont des objets incertains, éventuels, n'existant pas encore, ne pouvant dès lors servir d'assise à un privilége, à un droit réel.

Pour le fret, il y a un motif de plus, puisé dans l'ordre et la sûreté publique : le preneur ayant reçu son fret du donneur, serait desintéressé dans la réussite de l'expédition (*sic* Ord. art 4).

---

(15) Nous nous sommes occupés déjà de cette matière, à l'occasion des priviléges portant sur navire, t. I, p. 103, 104 et 123 et sq., nous ne pouvons donc que renvoyer aux explications qui y sont données, ainsi qu'à celles que M. Cresp va fournir dans le cours de la présente étude, et qui leur servent de complément.

Une prohibition analogue existe pour le même motif en ce qui concerne les loyers des matelots (art. 319). L'Ordonnance le permettait au contraire, par ses articles 4 et 5, mais seulement pour moitié des loyers, en présence et du consentement du capitaine (16).

Sur ce point, il convient de faire une remarque ou une réserve qui a son importance.

Nous n'admettons que l'*affectation*, dont parlent la loi et les auteurs, soit essentielle, substantielle au contrat de grosse, qu'en ce sens qu'il faut que les fonds prêtés s'appliquent, se rattachent, soient destinés à tel objet convenu, déterminé, et non vaguement à tout objet quelconque (17) ;

---

(16) Si fastidieux que soient pour le lecteur ces renvois perpétuels à d'autres matières, nous sommes obligé ici encore d'ajourner, pour l'étude de ces questions, au *contrat d'assurance*, pour lequel non-seulement les mêmes prohibitions existent et pour les mêmes motifs, mais pour lequel surtout la controverse a éclaté, et la nécessité de réformer la législation existante s'est imposée.

(17) Conformément à cette idée, la Cour de Rennes a juridiquement décidé, par arrêt du 24 nov. 1860 (*J. M.* 1861, 2, 49 et *S.* 1862, 2, 89), qu'il est de l'essence du contrat à la grosse que le prêteur n'offre à l'emprunteur que les garanties mentionnées en l'art. 315, et par conséquent que si le capitaine avait engagé en plus du navire *toute sa propriété présente et future*, il n'y aurait qu'un prêt ordinaire, avec telles conséquences que de droit.

Mais non en ce sens que cela emporte toujours et nécessairement un privilége pour le prêteur, de telle sorte que sans privilége le contrat ne puisse subsister.

Par lui-même, de sa nature, de droit, ce contrat confère, sur l'objet déterminé, une action privilégiée, mais ce n'est pas à dire que le privilége n'en puisse parfois être détaché ; qu'il ne puisse être perdu pour le prêteur, comme nous le verrons mieux plus tard.

§ III. — *Risques à la charge du prêteur.*

Il est un troisième élément essentiel, constitutif d'une convention de ce genre : il faut que la chose affectée au contrat soit en réalité exposée à des *risques*, à des dangers maritimes.

Le *risque* (pour tout embrasser en un mot fort usité dans ces matières), le risque est tellement de l'essence du contrat de grosse que les auteurs, Emérigon entre autres, disent qu'il n'y a vraiment de contrat qu'au moment où le risque commence (18).

Et il faut que ce risque soit mis à la charge du prêteur, c'est-à-dire que ce prêteur coure toutes les chances de l'objet qu'on lui a affecté.

Si une stipulation contraire l'en affranchissait, ce ne serait plus un contrat de grosse, une convention aléa-

---

(18) Voy. une application intéressante de ceci, t. I, p. 52 en note ; conf. Bédarride n°s 877 et 878.

toire, il n'y aurait plus de change maritime qui lui fût dû, ce serait un prêt ordinaire pur et simple (19).

Mais quels sont les risques qui sont à sa charge ? ils ne peuvent l'être tous indistinctement.

Ce sont les mêmes risques que pour l'assureur : les cas fortuits ou de force majeure, les fortunes de mer ; mais non les risques de terre, le viçe propre, ni la faute ou le délit du preneur ou du capitaine, sauf stipulation contraire, en ce qui concerne le capitaine seulement (art. 325 et 326).

Etant donnés maintenant des risques de la nature de ceux qui sont à la charge du preneur, dans quel temps et dans quel lieu doivent-ils se produire ?

---

(19) Conf. Bordeaux 5 février 1839; Aix, 18 mai 1853; Rennes 24 novembre 1860 précité ; Cass. 19 novembre 1872 (*J. M.* 19, 2, 6; 32, 1, 228 et 1874, 2, 23 ; Dalloz, *Répert.* v° *Droit maritime* n°s 1276 et 1316). Et il importerait peu que cette stipulation contraire eût été dissimulée sous la forme d'une assurance de la somme prêtée, acceptée par le capitaine lui-même; le bon sens indique en effet qu'on ne saurait faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de réaliser par contrat direct ; *sic* Aix 24 janv. 1865 (*J. M.* 1865, 1, 213). Comme conséquence de cette même idée, la Cour de cassation a également décidé, par arrêt récent du 3 janv. 1876, qu'un prêt du genre de ceux qui viennent d'être décrits, ne saurait faire l'objet d'une assurance (*ibid.* 1876, 2, 155; *J. P.* 1876, 254).

En ce qui concerne le temps d'abord, ce temps est ordinairement déterminé par la convention ; à défaut l'art. 328 contient sous ce rapport une règle expresse. Le temps court, pour le navire, agrès, apparaux et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est amarré au port ou lieu de sa destination ; et pour les marchandises du jour qu'elles ont été chargées dans le navire ou dans les gabarres pour les y porter jusqu'au jour où elles ont été délivrées à terre.

Quant au lieu, la règle est encore que les risques doivent se rattacher à un voyage défini, précisé par ses termes, c'est-à-dire par la double indication du lieu de départ et du lieu d'arrivée. Et il faut encore que dans le trajet d'un point à l'autre, on suive la route naturelle ordinaire.

S'il y a un changement de voyage et de route, le donneur ne répond plus de rien.

Et il en est de même, si le voyage restant le même, il y a changement de navire, sauf que le changement fut forcé (art. 324).

Vainement dira-t-on que la chose eût péri également, le prêteur est en droit de répondre que ce ne sont plus là les risques qu'il a voulu assumer (20).

---

(20) Nous nous bornons ici encore à mentionner sommairement ces choses, quels qu'en soient l'importance ou l'intérêt, devant les retrouver dans les mêmes termes, au chapitre des *Assurances*.

§ IV. — *Profit maritime.*

Sans profit maritime, point de contrat de grosse.

Si quelqu'un prêtait, consentant à perdre en cas de perte, sans exiger profit en cas d'arrivée, ce serait un prêt mêlé de donation de la somme prêtée, en cas de perte, mais non un contrat de grosse (21).

En quoi le change ou le profit maritime doit-il consister ?

Ordinairement en une somme d'argent ; aussi le Code de commerce veut-il ici également (art. 311) qu'on énonce la *somme* convenue pour le profit maritime.

Mais ce peut être quelque autre chose ; ainsi le prêteur peut stipuler quelque avantage pour lui, en cas d'heureuse arrivée, comme un intérêt dans le gage, c'est-à-dire une part dans les bénéfices à faire sur les objets affectés, et alors la société vient adhérer au contrat de grosse (Emérigon, t. II, p. 487, et avec lui tous les auteurs modernes).

Quel peut être le taux du change ou du profit ?

Il y a sous ce rapport une différence avec le prêt ordinaire (*mutuum*), ou le commodat avec estimation (articles 1883 et 1893 Cod. civ.).

Dans celui-ci, la perte de l'objet prêté, même par

---

(21) Voy. Pothier n° 19, Pardessus t. III p. 530, Bressoles, *op. cit.*

cas fortuit ou force majeure, est à la charge de l'emprunteur qui en est devenu propriétaire.

C'est pourquoi le prêteur n'a droit, pour indemnité de la privation des fonds qu'il avance, qu'à un intérêt dont la loi a limité le taux à 5 0/0 en matière civile, 6 0/0 en matière commerciale.

Ici la chose prêtée, qui s'identifie avec le gage et suit le même sort, est aux risques du prêteur, bien qu'il n'en soit plus propriétaire.

A l'intérêt de son argent se joint donc le prix du péril dont il se charge, par dérogation aux règles ordinaires, *pretium periculi* ; et comme le péril est chose incertaine, conjecturale, d'opinion, il est impossible d'en mesurer exactement le taux, et d'y mettre des limites quelconques ; il doit rester indéfiniment à l'appréciation des parties, à l'opinion qu'elles se forment des risques ; il n'est jamais usuraire, comme la prime d'assurance.

On peut voir dans Emérigon (t. II p. 412), l'exemple d'un change maritime de 100 pour 100, pour voyage à Cayenne et retour (22).

C'est aussi ce que la loi romaine avait admis dans le principe (Paul *Sent.*, liv. II, tit XIV § 3).

Mais une constitution de Justinien (loi 26 Cod. *de usuris*) en cette matière, défendit de dépasser l'*usura centesima*, c'est-à-dire l'intérêt de un pour cent par mois; cela fut dû probablement à un abus du contrat.

Parmi nous, le taux est redevenu illimité.

---

(22) D'ordinaire le taux est de 12 à 15 0/0.

Néanmoins quelques auteurs pensent qu'il peut y avoir excès, et que le juge peut modérer selon les circonstances.

Cette opinion n'est pas suivie (23).

Le change maritime est ordinairement stipulé à tant pour cent sur la somme prêtée, soit à forfait pour l'entier voyage, soit pour chaque mois de navigation.

Les parties peuvent même stipuler que le profit sera variable, c'est-à-dire croissant ou décroissant selon la durée du voyage, selon qu'elle dépassera tel ou tel nombre de mois.

Serait-il augmenté si, depuis le contrat, il y a survenance de guerre ?

Il semble que cela devrait être : si le péril augmente, le prix devrait augmenter aussi.

---

(23) Et nous ajoutons qu'elle ne doit pas l'être. Si l'on comprend en effet jusqu'à un certain point la limitation du taux de l'intérêt en matière civile, et cela dans un but de protection pour la petite propriété, cette limitation devient d'une injustice et d'une inconséquence criantes dans le commerce, par suite du défaut de garanties qui y existe le plus souvent, et du prix extraordinaire que l'argent peut y avoir. C'est cette idée qui a fait réclamer, et vraisemblablement fera obtenir la liberté du taux de l'intérêt, comme conséquence de la création de l'*hypothèque maritime*. Or si le prêteur ordinaire va pouvoir désormais stipuler comme il l'entend le taux de ses intérêts, *à fortiori* doit-il en être ainsi pour le prêteur à la grosse, à cause du risque spécial qu'il court.

Néanmoins la doctrine contraire est admise, par application de l'art. 343, au titre des *Assurances*, dont la disposition doit être étendue, par identité de motifs, au contrat de grosse.

Mais une stipulation en sens inverse est permise.

Dès que le risque a commencé, peu importe que le voyage soit raccourci ou changé, l'entier profit est acquis (24).

Si le contrat à la grosse est consenti pour l'aller et le retour, et qu'il n'y ait point de retour, faudra-t-il réduire le profit ?

En pareil cas on réduit la prime d'assurance aux deux tiers (art. 356).

Doit-il en être de même pour le prêt à la grosse ? Non, la loi n'a rien statué de pareil ici, le profit est acquis en entier au prêteur (25).

---

(24) Voy. une application intéressante de cette idée dans un arrêt de Cassation du 30 juin 1869 (*D. P.* 1869, 1, 336 et *J. M.* 1870, 2, 11). Du reste les mêmes règles existent pour l'*assurance,* et nous y reviendrons avec les développements que l'importance de la matière commande.

(25) Valin (t. II p. 17 et 49) et un jugement de Marseille du 18 nov. 1846 (*J. M.* 26, 1, 19) sont contraires à cette doctrine, et M. Cresp, après avoir visé ce double précédent, ajoute, en sens inverse de l'opinion exprimée au texte : *au fait le contrat de grosse n'est qu'une assurance.* Nous croyons en effet cette dernière solution préférable; la question ne pouvait du reste se poser, comme Valin l'a fort bien démontré, qu'entre la moitié ou les deux tiers, car la loi a toujours distingué le trajet d'aller

Ainsi donc : *Somme ou chose prêtée,*

Affectation d'objets destinés à naviguer,

Risques effectifs qui passent à la charge du prêteur,

Change ou profit qui soit pour lui l'indemnité ou prix de ces risques, voilà les quatre éléments constitutifs du contrat de grosse.

A cela il faut d'ailleurs ajouter une condition généralement exigée pour tous les contrats, mais qui mérite ici une attention particulière, c'est le consentement des parties, portant sur tout ce que le contrat a d'essentiel, et un consentement valable, c'est-à-dire donné par personnes capables de contracter et ayant qualité pour cela.

Voyons ce qu'il en est sur ce double point.

Le contrat à la grosse a un caractère essentiellement commercial.

Le prêteur et l'emprunteur font également acte de commerce ; l'art. 633 Cod. com. répute *acte de commerce* en général tous contrats concernant le commerce maritime, spécialement l'*emprunt ou prêt à la grosse*

Toute personne de l'un et l'autre sexe, pourvu qu'elle soit majeure et à ses droits, est habile à faire tous actes de commerce, comme tous actes civils.

---

et celui de retour, et en a fait pour ainsi dire deux voyages distincts (cpr. art. 265 et 299). Or, réduite à ces termes, la difficulté est toute résolue, par suite de l'affinité qui existe entre le prêt à la grosse et l'assurance.

Le mineur, la femme en puissance de mari, n'en sont pas par eux-mêmes capables ; mais ils peuvent le devenir à de certaines conditions prescrites par la loi.

Le mineur peut s'obliger commercialement, pourvu :

1° Qu'il soit émancipé ;

2° Qu'il ait dix-huit ans accomplis ;

3° Qu'il soit autorisé par son père, à défaut par sa mère, à défaut par le conseil de famille ;

4° Que l'acte d'autorisation ait été enregistré et affiché au tribunal du lieu (art. 2 et 3 Cod. com.).

La femme mariée, majeure qu'elle soit, pourra contracter des engagements commerciaux, si son mari, formellement ou même tacitement, l'a autorisé à faire un commerce distinct de celui qu'il ferait lui-même (art. 4 et 5 Cod. com.).

Il n'y a pas à parler de l'interdit, aussi incapable de tout acte commercial que de tout acte civil.

Pour contracter à la grosse, la capacité commerciale est donc une condition commune aux deux parties, à l'emprunteur comme au prêteur.

Mais chez l'emprunteur ne faut-il pas, indépendamment de cette capacité commune, une qualité particulière ? En d'autres termes, quelle doit être la qualité de l'emprunteur ?

En règle, c'est le propriétaire seul de la chose affectée, qui peut ainsi emprunter sur cette chose ; car l'effet naturel et ordinaire est de conférer un privilége, et

cette affectation réelle constitue une aliénation (Pardessus t. III p. 544).

Or on ne peut aliéner que ce qui vous appartient. Cette maxime n'a pas toujours et partout été respectée.

Dans certains pays, en Italie notamment, on pratiquait comme licite, le contrat à la grosse *par forme de gageure*, c'est-à-dire sans qu'aucun des contractants eût intérêt au navire ou au chargement.

L'un pariait que tel navire arriverait heureusement, l'autre qu'il périrait en route.

Parmi nous cela a toujours été défendu ; et à notre exemple, les lois étrangères l'ont voulu prohiber, mais je ne sais si elles ont pu vaincre un vieil abus enraciné (26).

Quoi qu'il en soit, pour nous, il est constant que l'emprunt soit sur navire, soit sur chargement, ne peut être fait que par le propriétaire du navire ou des marchandises.

Bien entendu qu'il le peut, par lui-même ou par un fondé de pouvoirs qui le représente (27).

---

(26) Voy. Emérigon, chap. I, sect. 3, p. 392; Bressoles, § XI.

(27) Ce fondé de pouvoirs pourrait être le *consignataire* ou *recommandataire* du navire lui-même, mais à la condition qu'il fût investi d'un mandat, sinon tout-à-fait spécial, du moins assez général pour comprendre tous les actes d'administration du navire (cpr. t. I, p. 134). En d'autres termes, la seule qualité de recommandataire ne suffirait pas, à notre avis, pour habiliter la personne à contracter à la grosse ; l'art. 234 fournit en ce sens, ainsi qu'on va le voir, un argument décisif.

Mais d'autre part il est de maxime qu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279) et de là on conclut que tout chargeur, propriétaire ou non de ce qu'il expédie, peut l'affecter à un emprunt à la grosse (28).

On n'applique cela, du reste, qu'aux marchandises du chargement ; quant au navire lui-même, on convient que l'axiome est inapplicable ; quoique meuble, la propriété en est soumise à des conditions, à des titres spéciaux et rigoureux (29).

Le propriétaire seul peut donc l'affecter ; ne le pourrait pas, par exemple, celui qui l'aurait loué en entier (Pardessus *ibid*).

Il peut arriver et il arrive souvent, que le navire appartienne à plusieurs propriétaires ou quirataires.

Alors, pour l'emprunt à la grosse, faudra-t-il le concours ou le consentement de tous ?

Non, en aucun cas, cette unanimité ne sera nécessaire.

Si les copropriétaires, constitués en société, ont nommé un ou plusieurs gérants et administrateurs, nulle difficulté ; ceux-ci ont mandat et pouvoir de tout faire pour le bien commun, de prendre deniers à la grosse, si le cas le requiert etc.

---

(28) Le prêteur fera bien toutefois de ne contracter que sur le vu du connaissement ou de la facture, ne fut-ce que pour établir la bonne foi, sans laquelle la règle de l'art. 2279 devient inapplicable ; cpr. les explications présentées *suprà* p. 145 et sq.

(29) Voy. t. I, p. 218 et sq.

A défaut, il faut appliquer les règles que nous avons vues (t. I, p. 347 et sq.) sur ces sortes d'associations; la majorité d'intérêt décide, fait loi à la minorité.

Mais si la minorité résiste, ne veut pas concourir à l'emprunt délibéré, alors la majorité, quoique non propriétaire des parts des opposants, exerce leurs droits et emprunte pour eux sur leurs parts (arg. de l'art. 233); pour cela il faut la sommation aux opposants et l'autorisation du juge (30).

Qu'en est-il maintenant du capitaine, que nous avons reconnu être le préposé, le mandataire légal de tous les intéressés au navire et au chargement?

Peut-il en vertu de sa préposition, emprunter à la grosse et affecter leur propriété, navire ou chargement?

1° *Emprunt sur navire.*

Le principe est ici que le capitaine ne peut aliéner le navire, sans un pouvoir spécial des propriétaires (art. 237).

Cela semble enlever pour lui le droit puisé dans sa seule qualité de capitaine, de frapper le navire d'une affectation réelle, qui est une sorte d'aliénation.

Néanmoins son défaut de capacité ou soit de qualité n'est pas absolu; il cesse en certains cas ou sous certaines conditions.

---

(30) Nous ne pouvons que renvoyer, ici encore, aux observations présentées t. I, p. 360 et 361; *adde* aux autorités citées, Marseille 30 janv. 1833 (*J. M.* 13, 1, 58).

Une distinction est à faire entre l'emprunt qu'il ferait dans le lieu de la demeure des propriétaires, et celui qu'il ferait hors de là, en cours de navigation.

Dans le lieu de la demeure des propriétaires, le capitaine ne peut emprunter sans leur autorisation spéciale, authentique, ou sans leur concours dans l'acte d'emprunt (art. 232).

De même dans le lieu de la demeure de leurs fondés de pouvoirs (même art.) (31).

Il y a néanmoins un cas spécial où, dans le lieu de la demeure des propriétaires ou fondés des pouvoirs, le capitaine peut, sans leur consentement ni leur concours, emprunter à la grosse.

C'est lorsque le navire a été frété (loué à des chargeurs) du consentement des propriétaires ; alors, si quelques-uns d'eux refusent de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition, le capitaine pourra emprunter à la grosse (*aujourd'hui hypothécairement*) pour leur

---

(31) Si des propriétaires ou des fondés de pouvoirs, les uns demeuraient dans le lieu de l'emprunt, et les autres non, l'autorisation serait ou ne serait pas nécessaire, suivant que les résidants constitueraient ou non la majorité voulue par la loi. Cette majorité pourrait seule en effet emprunter directement sur navire; elle pourra seule aussi habiliter le capitaine à le faire, le résultat étant le même dans un cas et dans l'autre ; conf. Bédarride, n° 429.

compte, vingt-quatre heures après sommation, avec autorisation du juge (art. 233) (32).

Mais, ce seul cas excepté, en règle générale, l'autorisation ou le concours du propriétaire ou de ceux qui les représentent, est, dans le lieu de leur résidence, indispensable au capitaine pour qu'il puisse engager leur navire pour un emprunt.

En sera-t-il de même pour l'emprunt que ce capitaine contracterait hors du lieu de leur résidence, et dans le cours de sa navigation?

Ici la force même des choses a dû faire fléchir le prin-

---

(32) La loi suppose que ce sont seulement quelques-uns des propriétaires qui ne veulent pas contribuer aux dépenses naissant de l'affrétement. Mais il en serait encore ainsi, alors même que ce serait 1° la majorité, car cette majorité, ainsi que nous l'avons vu (t. I, p. 356) ne peut pas se déjuger, et revenir sur une décision prise; 2° l'unanimité, les copropriétaires s'étant engagés, vis-à-vis des chargeurs, à mettre le navire en état de prendre la mer, par le seul fait qu'ils ont consenti à l'affrétement. Vainement dira-t-on que toute obligation *de faire* se résout en dommages-intérêts (art. 1142 Cod. civ.). On sait qu'il n'en est ainsi que tout autant que l'exécution matérielle de l'obligation ne peut être procurée au créancier sans une contrainte exercée sur la personne. En dehors de cela, le créancier a toujours le droit de faire exécuter directement, et c'est ce qu'il fait ici par les soins du capitaine, qui est autant son représentant, que celui des propriétaires du navire; *sic* Dalloz, *Répert. loc. cit.* n° 370, Bédarride n° 440.

cipe, et donner au capitaine le droit d'emprunter au besoin avec affectation du navire.

On ne pouvait alors, en effet, lui interdire absolument de recourir à un emprunt de ce genre; la nécessité, l'urgence des circonstances l'y autorisaient.

Aussi la loi le lui a-t-elle permis, mais seulement dans certains cas qu'elle détermine, *s'il y a nécessité de radoub ou d'achat de victuailles* (art. 234).

Dans des cas aussi pressants, comment soumettre le capitaine à s'arrêter, à suspendre le voyage commencé, à demander et attendre, pour le poursuivre, le consentement de gens dont il peut déjà se trouver à une plus ou moins grande distance?

Il a donc pu emprunter et engager son navire pour des besoins urgents, qu'éprouverait son navire même.

Mais pour prévenir des abus, des collusions et fraudes entre le capitaine éloigné et les prêteurs, tels que des besoins supposés, de vains prétextes, la loi a dû prendre et a pris en effet certaines précautions.

Il faut que la nécessité d'un emprunt soit constatée par un procès-verbal signée des principaux de l'équipage.

Il faut en outre que l'autorisation d'emprunter soit donnée,

En France, par le président du tribunal de commerce, à défaut par le juge de paix ;

A l'étranger, par le consul français, à défaut par le magistrat du lieu (même art. 234) (33).

---

(33) Ceci entendu sur le principe même de l'art. 234, diverses autres questions se posent, soit quant aux *actes* auxquels doit s'appliquer la disposition de loi, soit quant aux *formes* qui y sont requises.

En ce qui concerne le premier point, l'article vise d'une part *l'emprunt sur le corps et quille du vaisseau*, d'autre part *la mise en gage ou la vente des marchandises*. Il n'est pas douteux d'abord que par le premier terme, le législateur n'ait entendu désigner avant tout le *prêt à la grosse*, qui est le plus souvent une nécessité, en cours de navigation; mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer (t. I, p. 103) ceci n'est pas exclusif du prêt ordinaire, en quelque forme qu'il intervienne d'ailleurs. Il arrive en effet quelquefois que le capitaine, en retour d'avances ou de fournitures qui lui sont faites, souscrit des lettres de change sur son armateur; il est évident que ces traites rentrent très-bien dans les termes de l'art. 234, et doivent dès lors bénéficier de la protection accordée par la loi au prêt à la grosse dans ce cas (art. 191 7°, 320 Cod. com. cbn.); en ce sens les autorités citées t. I, sur l'art. 191, et en plus Bédarride n[os] 449 et 450. Un arrêt d'Aix du 8 juillet 1871 (*J. M.* 1872, 1, 66) semblerait cependant contraire à cette doctrine; mais il résulte de l'ensemble de la décision que, si le preneur de la traite a été repoussé dans sa demande, c'est beaucoup moins par suite de l'inaccomplissement des formalités exigées par l'art. 234, qu'à cause de sa mauvaise foi, c'est-à-dire de la connaissance qu'il avait que l'emprunt n'était pas contracté pour les besoins du navire; cpr. aussi Marseille 21 août 1857 (*ibid.* 35, 1, 238).

Maintenant les conditions imposées au capitaine, soit par l'art. 232, soit par l'art. 234 sont-elles tellement essentielles, tellement viscérales, qu'à défaut d'accomplissement, l'emprunt soit nul pour les propriétaires, c'est-à-dire n'entraîne pour eux ni engagement, ni responsabilité pour les tiers ?

Quid d'abord si, dans le lieu de la demeure des pro-

Le second terme, dont s'est servi l'art. 234, appelle tout de suite l'idée d'un emprunt sur marchandises; mais ce point étant prévu au texte, nous devons ici le réserver.

Nous n'avons guère à dire touchant la question de forme, si ce n'est 1° que l'intervention du consul pourrait ici comme ailleurs (pour les déclarations d'innavigabilité par exemple), être remplacée par celle du vice-consul ou d'un agent consulaire; et on ne violerait pas en cela l'art. 2 de l'ordonnance du 26 octobre 1833, car bien que l'agent ait un certain pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser son autorisation, il ne fait pas, à proprement parler, en cela acte de juridiction, et son avis ne lie nullement le pouvoir judiciaire, en ce qui concerne la validité ou la nullité du prêt; conf. Cass. 24 août 1847, Bordeaux 3 juin 1862 (*D. P.* 1847, 1, 276; *J. M.* 27, 2, 1 et 1862, 2, 162); 2° qu'à l'inverse, la délibération de l'équipage ne saurait être remplacée par le rapport de mer, car elle implique d'abord un contrôle immédiat, qui n'existe plus dans celui-ci, et elle constitue de plus la condition *sine qua non* de l'autorisation consulaire; *sic* Marseille (trib. civ.) 7 mars 1865 (*ibid.* 1865, 2, 38); 3° que les formalités de l'art. 234 devraient, pour l'absolue régularité de l'opération, être complétées par celles de l'art. 192 n° 5; mais nous avons vu cependant (t. I, p. 125), que ceci n'avait rien d'indispensable.

priétaires ou de leurs fondés de pouvoirs, le capitaine emprunte sans leur consentement ou leur concours ?

L'art. 321, corrélatif de l'art. 232, répond que le prêteur n'a alors *action et privilége que sur la portion que le capitaine peut avoir au navire et au fret.*

Donc, dit-on, point d'engagement résultant de là pour les propriétaires autres que le capitaine.

Mais le prêteur ne peut-il pas dire : j'ignorais qu'il y eût sur les lieux tel propriétaire ou fondé de pouvoirs, ma bonne foi doit valider le contrat, même vis-à-vis d'eux, sauf leur recours contre le capitaine en fraude.

Bien plus, le capitaine peut, comme le prêteur lui-même, être de bonne foi, ignorer la présence sur les lieux, soit d'un propriétaire, soit d'un procureur fondé. Car la loi parle non du domicile légal, mais de la demeure, de la résidence, qui peut bien n'être qu'accidentelle et inconnue au capitaine, et encore plus aux tiers qui traitent avec lui (34).

Et s'il y a bonne foi des deux parts, comment équitablement annuler ?

---

(34) On sait que ce n'est pas notre avis (voy. t. I, p. 573 et sq) et la raison que nous avons fait valoir se tire précisément de cette ignorance où le capitaine aurait été le plus souvent de la résidence accidentelle de tel ou tel des copropriétaires ; la loi ne peut exiger ainsi l'impossible. M. Cresp avait paru lui-même, dans une note rapportée *loc. cit.* se rattacher à cette opinion. Ceci ne porte du reste qu'une très-faible atteinte aux réflexions si justes et si sages du texte.

On répond par les expressions même de la loi (art. 232 et 321). Les termes de l'art. 321 sont connus ; quant à l'art. 232, il porte que *le capitaine ne peut*, etc.

Il résulte bien de ces termes prohibitifs que la présence du propriétaire annihile, ou du moins suspend à cet égard, les pouvoirs qu'aurait le capitaine.

Oui, mais si le capitaine ignore cette suspension, ce qu'il fait ne doit-il pas valoir à l'égard des tiers qui, à plus forte raison, ignorent le fait ?

La raison de décider se trouve sous ce rapport dans les règles du mandat, telles qu'elles se trouvent établies au Code civil (art. 2003, 2008, 2009).

Si le mandataire ignore la cause (mort ou révocation du mandant) qui fait cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valable, et ses engagements sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

L'art. 232 suppose donc que le capitaine sait, et d'ailleurs sût-il, l'art. 321 n'annule pas précisément le contrat, seulement il n'accorde *action et privilége* que sur la portion que le capitaine aurait au navire.

C'est-à-dire que c'est l'action réelle que la loi restreint ainsi ; mais quant à l'action personnelle, elle la laisse intacte contre les mandants (35).

---

(35) En résumé, la raison de décider ne se trouve ni dans l'art. 232 qui se borne à poser un principe, sans rien dire du défaut d'observation, ni dans l'art. 321 qui, ainsi que vient de le démontrer M. Cresp, ne vise que l'action réelle. Elle est tout en-

Néanmoins les anciens auteurs voyaient là une cause de nullité. Emérigon regardait la règle comme absolue (t. II, p. 425); de même Valin (t. I, p. 440 et t. II, p. 10; *sic* encore Pothier, n° 55.

Mais Pardessus admet au contraire la bonne foi et l'ignorance du prêteur (t. III, n° 911) (36).

Si, hors du lieu de la demeure des propriétaires, le capitaine emprunte sans le procès-verbal et l'autorisation judiciaire voulus par l'art. 234, le prêteur peut-il alléguer sa bonne foi, et a-t-il action et privilége?

Ici encore grande controverse.

On a pensé d'abord que cela n'était exigé que du ca-

---

tière dans les règles générales du mandat; or à ce point de vue il importe peu que le capitaine soit ou non de bonne foi, il suffit que les tiers, qui contractent avec lui, le soient. C'est la solution que nous avons adoptée déjà, en ce qui concerne la *formation de l'équipage* et l'*affrétement* (voy. t. I p. 577 et présent vol. p. 24 et sq.); nous nous y tenons.

(36) La doctrine moderne s'est à peu près tout entière rattachée à l'opinion de Valin et d'Emérigon, et elle a été mue en cela par l'importance et le caractère exceptionnel de l'acte; voy. en ce sens Bressoles *op. cit.* § 12, Bédarride n° 432; Caumont, *Dict. de droit marit.*, v° *Emprunt à la grosse*, n° 18; Dalloz, *Répert. loc. cit.*, n° 362. Mais cette considération n'est pour nous nullement décisive, car le prêt à la grosse sera le plus souvent une nécessité, et deviendra dès lors un véritable acte d'administration du navire. Dans le sens du texte, de Fresquet, *Précis de droit commercial maritime*, p. 76 et 154.

pitaine au propriétaire, pour couvrir la responsabilité de l'un vis-à-vis de l'autre, mais que cela devait rester étranger au prêteur, non obligé de vérifier si telles ou telles formes avaient été remplies ; en ce sens Cour de cassation 28 nov. 1821.

Mais cet arrêt fut attaqué par presque tous les auteurs (Pardessus, Boulay-Paty, Delaporte, etc). Ils y virent un vaste champ ouvert aux fraudes et aux collusions, entre capitaine et tiers (Pardessus entre autres applique là ce qu'Emérigon disait du propriétaire présent, t. III, p. 548). Il y aurait là enfin des inconvénients qu'il fallait prévenir, en exigeant de tout prêteur qu'il se fît représenter les pièces justificatives et légales.

La Cour de cassation est revenue à cette opinion par arrêt du 17 fév. 1824, mais depuis lors il y a eu de nouvelles variations de jurisprudence ; la question est restée incertaine et irrésolue (37).

---

(37) Elle est aujourd'hui définitivement résolue dans le sens de l'arrêt de 1821, et on peut voir, t. I, p. 124, l'indication des autorités doctrinales et des décisions de jurisprudence qui ont adopté cette idée ; *adde* Marseille (trib. civ.) 14 juillet 1874 (*J. M.* 1875, 2, 58). Quant aux motifs sur lesquels s'appuye cette opinion, ils sont ainsi déduis dans l'arrêt de cassation du 5 janv. 1841, qui a définitivement fondé sous ce rapport la jurisprudence : « Le capitaine est le représentant né de l'armateur vis-à-vis des tiers, et par conséquent il a un pouvoir général et absolu pour tout ce qui concerne la conduite et l'administration du navire (art. 216 et 218). Il s'en suit que, lorsque des dispositions comme celles de l'art. 234 exigent l'acomplissement

2° *Emprunt du capitaine sur les marchandises de son chargement.*

Il n'est permis au capitaine que pendant le cours du voyage; pour les mêmes causes (*radoub, victuailles*), avec les mêmes formes (*procès-verbal, autorisation du magistrat*).

L'art. 234, permettant en effet la mise en gage ou la vente, autorise par cela même le prêt à la grosse, qui

---

de certaines formalités pour la passation de tel ou tel acte, c'est beaucoup moins dans l'intérêt des tiers, pour lesquels l'acte est déjà valable par lui-même, qu'au point de vue des rapports du capitaine avec les propriétaires, c'est-à-dire au point de vue de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant. Ce qui prouve qu'il en est ainsi, c'est d'une part que l'art. 234, qui constitue la disposition réglementaire, se trouve au titre *du capitaine*, c'est-à-dire à une place et dans un ordre d'idées où, sauf exception formellement inscrite dans la loi, il ne s'agit que des rapports juridiques du capitaine avec l'armateur, et d'autre part que l'art. 312 qui envisage la même question au point de vue du prêteur, paraît n'attacher à l'inobservation des formalités de l'art. 234 que la perte du privilége. Il convient d'ajouter qu'avec la faculté que donne l'art. 313 de faire l'acte de grosse *à ordre*, et la transmissibilité par voie d'endossement qui en est la conséquence, il arrivera très-souvent, lorsque le tiers-porteur sera de bonne foi, que l'art. 234 n'aura pas de sanction. » Bien que toutes ces considérations ne soient pas également décisives nous croyons cependant que ce système a un fondement solide, que la raison tirée notamment de l'art. 312 est déterminante, ainsi que cela sera mieux expliqué plus loin.

n'est qu'une variété de la même opération, et qui produit, quant aux chargeurs, les mêmes conséquences (38).

Le tout, sauf le droit qu'ont ceux-ci, lorsqu'ils sont à portée d'être consultés, de s'opposer à ces actes, à la charge de remplir certaines conditions.

C'est la disposition finale de l'art. 234, ajoutée par la loi du 14 juin 1841.

Formes du contrat à la grosse.

Il nous faut, actuellement, considérer à la fois dans leur ensemble et dans leur diversité, les formes multi-

---

(38) Cela ne saurait un instant être mis en doute ; voy. en ce sens Bédarride n° 453, Rennes 18 décembre 1832, Aix 23 fév. 1835, Bordeaux 3 juin 1862, Alger 25 avril 1864, Cass. 4 déc. 1866 (Dalloz *Répert.* v° *cit.* n° 449, *D. P.* 1864, 2, 108, *J. M.* 13, 2, 113 ; 16, 1, 283 ; 1862, 2, 162 ; 1864, 2, 52 ; 1867, 2, 126). — Nous avons vu précédemment (p. 194) que le capitaine pouvait emprunter sur le chargement, dans l'intérêt du chargement lui-même ; nous ne croyons pas, dans cette hypothèse, que l'observation des formalités de l'art. 234 soit d'une nécessité absolue, même dans les rapports du capitaine et des chargeurs ; il ne résulterait tout au plus de leur inaccomplissement qu'une présomption défavorable à l'encontre du premier, présomption qu'il pourrait faire tomber en administrant directement la preuve contraire ; cpr. sur ce point Rouen 29 déc. 1831, Bordeaux 24 août 1857 (Dalloz *Répert. loc. cit. J. M.* 12, 2 65 ; 35, 2, 163).

ples que la loi et l'usage ont attachées au contrat qui nous occupe.

On y distingue, comme dans tous les contrats, des formes *extrinsèques* et des formes *intrinsèques*.

Parlons d'abord des premières.

De ces formes externes, les unes sont *préalables*, c'est-à-dire doivent précéder le contrat.

Ainsi nous avons vu :

1° Que si le contractant est mineur, ou si c'est une femme mariée, même majeure, il lui faut préalablement obtenir l'autorisation prescrite par la loi (art. 2, 3, 4, 5 Cod. com.).

2° Quant au capitaine, que s'il contracte dans le lieu où se trouvent les propriétaires, il faut ou leur concours ou leur autorisation spéciale, authentique (art. 232), sauf le cas de l'art. 233 (mais seulement après sommation faite au propriétaire refusant et autorisation ultérieure du juge), et que, si c'est loin des propriétaires et pour cause urgente, il doit remplir les formalités ou les conditions voulues par l'art. 234.

Tout cela est préalable au contrat ; mais voici d'autres formes externes qui tiennent au contrat lui-même, qui doivent l'accompagner ou même le suivre.

L'art. 311 porte que *le contrat à la grosse est fait devant notaire ou sous signature privée.*

La loi veut donc ou suppose un acte rédigé par écrit.

De là la question controversée de savoir si l'écriture

est de l'essence du contrat, ou si elle n'est requise que pour la preuve.

En d'autres termes, peut-on, conformément aux principes du droit commun en matière de preuve, prouver par témoins une convention de grosse au-dessous de 150 fr. ?

Le peut-on même au-dessus de 150 fr., s'il y a commencement de preuve par écrit ?

Cette convention peut-elle être établie par l'aveu de l'emprunteur ? le serment peut-il être déféré ?

Il y a sous ce rapport division des auteurs anciens et modernes.

L'Ordonnance s'exprimait à peu près comme le Code, mais sans rien prescrire pour les énonciations de l'acte (art. 1[er] *hoc tit.*).

Valin, appliquant le droit commun, admettait la preuve testimoniale au-dessous de 100 livres, de même qu'au-dessus, s'il y avait commencement de preuve par écrit ; *à fortiori* autorisait-il l'aveu (t. II, p. 3).

Emérigon et Pothier étaient en sens contraire (Pothier n° 27, Emérigon p. 401).

Le Code fournit, en faveur de l'opinion de ceux-ci, un argument de plus, tiré du fait même des énonciations prescrites.

Néanmoins beaucoup d'autres se sont rangés à l'avis de Valin, Locré (t. III, p. 322 et sq.), Pardessus, (t. III, n° 898), Boulay-Paty, Delaporte, Alauzet (t. III n° 1296); *adde* Bédarride (n° 834).

L'opinion contraire a été cependant soutenue ; voy.

Dalloz v[is] *Contrats de grosse et d'assurance* ; Massé, t. VI, p. 203 et sq. ; *adde* de Fresquet p. 156 et sq.

La question étant la même que pour le contrat d'assurance, nous réservons cette controverse et sa solution.

L'essentiel est pour nous, dès à présent, de dire que, de l'avis de tous, à défaut d'écrit, la convention fût-elle prouvée d'une manière quelconque, ou même, si l'on veut, parfaitement avouée et reconnue, ne pourrait tout au plus valoir qu'entre les contractants, l'emprunteur et le prêteur, jamais elle ne pourrait être opposée aux tiers qui ont des droits sur la même chose.

Elle ne le pourrait pas même, s'il en existait un acte écrit, fût-il notarié, authentique ; il faut autre chose encore, ainsi que nous allons le voir, pour que l'acte, quel qu'il soit, puisse valoir à l'égard des tiers (39).

En attendant nous pouvons ici rattacher aux formes externes du contrat, une forme accidentelle, nullement essentielle à l'acte de grosse, purement facultative pour les parties, mais qui peut être et est souvent usitée entre elles.

---

(39) M. Cresp fait allusion ici à la formalité de l'enregistrement exigée par l'art. 312; du reste, à part même cette disposition, il est d'autres articles de loi qui viennent à l'appui de cette idée, ainsi l'art. 192, n° 5 et 7 ; aussi Valin l'admettait-il déjà, bien que de son temps l'enregistrement ne fût pas encore devenu une nécessité.

Autrefois on s'était demandé si un acte ou billet de grosse, était, ou non, transmissible, négociable par voie d'endossement, c'est-à-dire par ce mode de cession tout spécial, qui consiste en quelques mots inscrits sur le titre même, et auquel sont attachés tant d'avantages, de crédit et de circulation.

L'Ordonnance étant muette sur ce point, la doctrine avait répondu oui, si le contrat de grosse est conçu payable *à l'ordre* du prêteur, de même que les polices d'assurance, de même que toutes les obligations commerciales (et même civiles, aurait-on pu ajouter) ; voy. Emérigon, p. 525.

Quoi qu'il en soit la question est tranchée par le Code actuel, qui exprime que si le contrat de grosse est à ordre, il sera négociable par voie d'endossement (art. 313).

De là il résulte d'abord que si le contrat de grosse n'est pas à ordre et qu'il soit cédé, c'est une cession ordinaire, réglée par le droit commun ; elle n'a d'effet vis-à-vis des tiers, et ne saisit, quant à eux, le cessionnaire, qu'au moyen de la signification au débiteur ou l'acceptation par celui-ci, en la forme authentique.

De plus toutes les exceptions du chef du cédant lui sont opposables, car il ne saurait avoir plus de droits que celui-ci.

Si au contraire le titre est à ordre, *la négociation a les mêmes effets et produit les mêmes actions que celles des autres effets de commerce* (art. 313 2e alin.).

Quel est le sens de cette dernière disposition ? Cela

veut-il dire simplement que le transport est dispensé de signification ou d'acceptation? Ou bien cela signifie-t-il que le débiteur ne peut opposer au cessionnaire toutes les actions qu'il aurait eues contre le cédant lui-même?

La Cour de cassation l'a pensé ainsi : par arrêt du 27 février 1810 (*S.* 1810, 1, 183, D. 1275, cité par Boulay-Paty sur Emérigon t. II, p. 555), elle a jugé, en se fondant sur l'art. 313, que la simulation d'un billet de grosse n'était pas opposable par le preneur au porteur par endossement, si d'ailleurs ce porteur était de bonne foi.

Il y aurait bien à dire sur cette solution repoussée par les Codes étrangers postérieurs au nôtre ; voy. Codes espagnol (art. 815), hollandais (art. 573), allemand (art. 687, 3 et 4 al.) (40).

---

(40) En l'état l'art. 313, par ses termes mêmes, paraît bien trancher la question; aussi tous les auteurs se sont-ils ralliés à cette solution ; voy. Dalloz *Répert. ibid.* n° 1257, Bédarride n° 871 et *bis*, Caumont *loc. cit.* n° 12 § 1 ; cpr. aussi Cass. 5 janv. 1841 précité, Aix 2 mars 1865, Cass. 4 déc. 1866 (*S.* 1866, 2, 66; 1867, 1, 128; *J. M.* 1865, 1, 67). Nous proposerions, quant à nous, la distinction suivante : ou l'exception opposée par le porteur de bonne foi se rattache aux conditions d'existence et de validité du contrat à la grosse, ou elle en est indépendante. Dans cette dernière hypothèse, comme s'il s'agit par exemple d'une exception de compensation, nous ne faisons nulle difficulté d'appliquer les principes admis en matière de lettre de change ; la forme même donnée par les parties à leur conven-

Au lieu d'être à ordre, le billet de grosse pourrait-il être au porteur ? au lieu de dire : *je payerai à un tel ou à son ordre*, l'emprunteur pourrait-il dire : *je payerai à un tel ou au porteur, ou au porteur simplement* ?

La clause au porteur a une bien autre force que celle à ordre.

Elle dispense de toute cession écrite, endossement ou autre ; elle permet de céder, de transmettre la propriété par la seule *tradition manuelle* du titre : tout porteur du titre est, par cela seul, propriétaire ; et aucune des exceptions opposables au créancier dénommé, ne l'est au porteur, quel qu'il soit.

Un telle clause, un tel mode de cession, sont-ils permis pour un billet de grosse ?

Delvincourt le penserait volontiers (t. II, p. 313), d'après l'arrêt de cassation de 1810, qui paraît l'admettre.

---

tion le commande, et les règles du contrat de grosse ne s'y opposent point. Mais dans le cas contraire nous nous refusons à admettre cette solution, car se serait faire prédominer les principes de la lettre de change sur ceux du prêt à la grosse, c'est-à-dire l'accessoire sur le principal. En somme, lorsqu'un tiers accepte en paiement ou en garantie un billet de grosse il sait qu'il ne prend pas un effet de commerce pur et simple, c'est-à-dire une véritable monnaie; il n'ignore pas que ce titre se rattache comme mode d'exécution à un contrat dont les règles lui sont ou doivent lui être connues ; il agit donc à ses risques et périls, *volenti non fit injuria*

Pardessus dit aussi (n° 899) que rien ne s'y oppose ;

De même Delaporte (n° 86) : *il n'y a aucune difficulté à cela*; de même Dageville (p. 493) (41).

Il est pourtant une objection qu'on pourrait tirer de l'art. 313 lui-même, c'est que cet article autorise la clause à ordre et non au *porteur*.

Et d'ailleurs, quand la loi a entendu autoriser la clause *au porteur*, indépendamment de celle à ordre, elle l'a dit expressément, par exemple pour les *connaissements* (art. 281).

Nous aurons occasion de revenir sur cette question (42).

Notons enfin une dernière forme extrinsèque, postérieure au contrat lui-même.

Tout prêt à la grosse doit, s'il est fait en France, être enregistré dans les deux jours de sa date, au greffe du tribunal de commerce, à peine, pour le prêteur, de perdre son privilége (art. 312).

Ceci demande une explication et une attention particulières.

La disposition de l'art. 312 est toute nouvelle dans notre législation.

D'où est-elle provenue ?

---

(41) Les auteurs plus modernes n'ont généralement pas examiné la question ; voy. cep. de Fresquet *op. cit.*, p. 158.

(42) Et c'est alors que nous même ferons connaître notre opinion.

L'idée de l'enregistrement des contrats de grosse est prise de Valin, *tit. des consuls* art. 26 (t. I, p. 269), *tit. des contrats à la grosse* art. 1er (t. II, p. 3), *tit. des assurances*, art. 68 (t. II, p. 151).

Mais c'est au sujet des contrats de grosse *sous seing privé* comme des assurances *sous seing privé*, qu'il désirait cette précaution que l'Ordonnance ne prescrivait, ni pour l'un ni pour l'autre contrat.

Il se fondait sur la possibilité de la fraude, d'une antidate ou supposition d'actes pareils, commis au préjudice des tiers.

Son véritable but étant donc de donner à des actes *privés* une date certaine, qui garantît mieux l'intérêt des tiers.

Mais il ne contestait pas d'ailleurs que, l'Ordonnance n'exigeant rien de pareil, l'acte sous seing privé n'eût alors légalement, même à l'égard des tiers, la même force, la même foi que l'acte public, et qu'en conséquence il ne conférât également un privilége au prêteur.

Pothier, qui ordinairement suit, comme pas à pas, la doctrine de Valin, s'est ici trompé sur le vrai sens de cet auteur, en lui supposant l'idée que l'acte de grosse en forme privée ne pouvait, sous l'Ordonnance, attribuer un privilége, faute de date certaine (n° 29).

Emérigon (t. II, p. 434) n'est pas tombé dans cette erreur. Il dit bien qu'anciennement, pour prévenir les fraudes possibles, on exigeait un contrat public, *dont la date fut invariable*, et il cite un arrêt en ce sens de 1632, par conséquent antérieur à l'Ordonnance de 1681.

Mais il ajoute que, depuis cette ordonnance, le billet de grosse fait sous signature privée, a autant de force, même au préjudice des tiers, qu'un contrat public ; ainsi jugé par arrêt du Parlement d'Aix, du 26 juin 1767, dont il donne les circonstances, p. 499.

C'est en cet état de choses que notre législateur moderne, écoutant le vœu exprimé par Valin, a voulu l'ériger en loi par l'art. 312 du Code.

Mais remarquez d'abord que le législateur a sensiblement dévié du but essentiel de Valin, qui avait en vue d'assurer une date à des actes purement privés ; car il applique l'enregistrement à tout acte de grosse, public comme privé.

De plus il n'étend point cette mesure à l'autre contrat (celui d'assurance), pour lequel Valin la réclamait ; en sorte qu'aujourd'hui, aussi bien qu'autrefois, une police, si elle est sous forme privé, a autant de force, même à l'égard des tiers, qu'un contrat public.

C'est d'ailleurs un principe généralement reconnu, et applicable à tous les actes commerciaux, que, même faits sous seing privé, ils font foi de leur date, non pas en ce sens qu'il faille, pour les détruire, s'inscrire en faux, mais en ce sens qu'ils sont tenus pour vrais jusqu'à preuve contraire (arg. art. 139 Cod. com.).

Pourquoi donc la loi est-elle si exigeante pour le contrat de grosse en particulier ?

Pourquoi du moins, si l'on a pu penser que ce contrat était plus susceptible qu'un autre d'être antidaté, ne s'est-on pas borné à prescrire l'enregistrement pour

l'acte sous seing privé, ainsi qu'on le désirait autrefois, et est-on allé jusqu'à imposer cette formalité à l'acte public, qui par lui-même, emporte toute certitude de sa date ?

Résulte-t-il d'ailleurs, d'une rigueur si exceptionnelle, quelque avantage pour le commerce ?

Au contraire, la nouvelle disposition a éprouvé, de sa part, une vive contradiction.

Les armateurs des places importantes réclamèrent contre elle, lorsqu'elle n'était encore qu'en projet ; ils représentèrent que la formalité était *onéreuse*, *inutile*, et *nuisible au crédit* (Vincens, t. III, p. 305, note 5).

Quoi qu'il en soit, la chose a passé dans le texte du Code, et il faut bien s'y soumettre.

Il reste pourtant à nous fixer sur le sens de l'art. 312; ce point est digne de remarque.

Quelle est la peine infligée au prêteur, à défaut d'enregistrement dans les dix jours ?

C'est uniquement, aux termes de l'article même, la *perte de son privilége*, c'est-à-dire de son droit de préférence à tous autres créanciers qu'il aurait dû primer, s'il eût agi régulièrement.

L'acte, par sa faute ou négligence, n'est plus opposable aux tiers.

Mais, *entre les parties*, il subsiste toujours comme contrat à la grosse, avec tous les effets attachés à un acte de ce genre.

Faute d'enregistrement, le prêteur perd son droit *réel*, c'est-à-dire son droit d'être préféré aux tiers,

mais ses droits *personnels* contre l'emprunteur sont maintenus dans leur entier, non pas seulement pour le capital prêté, mais pour le profit maritime, tel qu'il a été stipulé (Locré sur l'art. 312, t. III, p. 342; Pardessus n° 900, t. III p. 536).

Cela, il faut le dire, s'éloigne bien des notions reçues partout jusque-là sur l'*essence* de notre contrat.

Jamais et nulle part on n'avait encore admis qu'il pût se passer de l'action réelle, et ne produire qu'une action purement personnelle.

Aussi Valin, si savant en ces matières, arrivait-il à une conclusion bien plus logique, sur l'omission de l'enregistrement qu'il proposait pour les actes de grosse sous seing privé.

Cette omission, devant entraîner la perte du privilége ou action réelle, par cela même il n'y avait plus de contrat à la grosse, plus de profit maritime à prétendre; *ce contrat demeurait alors réduit aux termes d'un billet de prêt pur et simple* (t. II, p. 3).

Le Code de commerce de Hollande qui a cru devoir soumettre l'acte de grosse à la même formalité, a tiré du défaut d'enregistrement la même conclusion que Valin ; *dans ce cas*, dit son art. 572, *le contrat ne sera plus réputé à la grosse; l'emprunteur sera obligé personnellement envers le prêteur au paiement du principal et des intérêts légaux.*

Remarquons ici que, dans ce système plus conséquent et plus juridique que le nôtre, l'écriture, la ré-

daction d'un acte, devient essentielle au contrat de grosse ; que, sans elle, ce contrat ne peut exister.

En effet, d'une part l'affectation réelle, le privilége est inhérent et indispensable à tout contrat de ce genre; et, d'autre part, il n'y a d'affectation réelle qu'autant qu'un acte de grosse (quel qu'il soit, public ou privé) a été enregistré.

Donc il faut toujours, indispensablement, qu'un acte ait été dressé par écrit, pour qu'on puisse dire qu'on a contracté à la grosse.

Mais chez nous, il en est désormais autrement.

Le contrat de grosse y peut subsister sans droit réel, sans privilége pour le prêteur.

Ce droit réel, ce privilége, pourra bien encore si l'on veut, être de la *nature* du contrat, mais il ne sera plus de son *essence* : il pourra en être détaché et supprimé, sans que sa substance soit altérée en rien.

Tel est le système, telle est la volonté de notre loi (43).

---

(43) Nous n'avons guère à ajouter à cette dissertation remarquable, si ce n'est 1° que l'art. 27 1er alin. de la loi du 10 déc. 1874 sur l'*hypothèque maritime* ayant abrogé le privilége du prêt à la grosse contracté avant le voyage, l'art. 312 ne pourra plus désormais recevoir d'application qu'en ce qui concerne les prêts passés à la fois en cours de voyage et en France (cpr. art. 191 9°, 192 7°, 234 et 312); 2° que la loi n'ayant pas déterminé d'autre part le lieu du tribunal de commerce au greffe duquel le contrat doit être enregistré, il est loisible aux parties d'accomplir la formalité légale aux divers lieux soit du domicile de l'emprunteur, ou du prêteur, soit du port d'attache du navire, sans que l'enregistrement opéré dans de pareilles conditions puisse être argué de nullité; en ce sens Cass. 20 fév. 1844 (*J. P.* 1844,

Autre observation à faire sur l'art. 312 ; sa disposition ne prescrit l'enregistrement que des contrats de grosse passés en France.

Mais le législateur a voulu par le même article pourvoir au cas où l'emprunt serait fait hors de France ; et en conséquence, il a ajouté : *si le contrat est fait à l'étranger, il est soumis aux formalités prescrites à l'art.* 234.

Cet article est celui qui, au titre *du capitaine*, prescrit à celui-ci, lorsqu'il emprunte en cours de voyage, n'importe en quel pays, le procès-verbal de l'équipage et l'autorisation du magistrat.

Mais ici ces formalités sont rendues obligatoires pour tout prêteur à l'étranger, lors même qu'il contracte directement avec le propriétaire des fonds affectés (Pardessus t. III p. 585, n° 900) (44).

547, *J. M.* 23, 2, 129) ; 3° qu'enfin la loi n'ayant pas fait, toujours en ce qui concerne les prêts contractés en France, de distinction entre l'emprunteur étranger et l'emprunteur français, la déchéance du privilége, au cas d'inaccomplissement de la formalité réglementaire, atteindra le premier comme le second ; *sic* Cass. 26 mars 1860 (*D. P.* 1860, 1, 223, *J. M.* 38, 2, 87).

(44) Cela nous paraît inadmissible, car lorsque ce n'est plus le mandataire, mais le mandant lui-même qui contracte, qu'est-il besoin de toutes ces formalités? L'art. 234 vise simplement le cas où l'emprunt est fait par le capitaine, c'est-à-dire par une personne qui n'agit pas pour son compte, et qui doit dès lors justifier vis-à-vis de son commettant de la nécessité de ce qu'il a fait ; mais ceci n'a plus de raison d'être, appliqué au propriétaire lui-même.

Et la peine qu'encourt le prêteur qui n'exige pas de son emprunteur, quel qu'il soit, qu'il remplisse ces formalités et qu'il en justifie, est la même que celle qu'encourt le prêteur qui, en France, n'enregistre pas le contrat, c'est-à-dire la perte de son privilége.

Que penser pourtant de cette punition infligée à quiconque prête hors de France ?

Elle semble bien peu conforme aux vrais principes du droit public et international.

En effet le prêteur à l'étranger peut être français ; il peut être étranger lui-même.

S'il est français, il y a brèche au principe, en ce sens qu'en thèse ordinaire le français a, sous le rapport de la forme, le choix entre sa propre loi et celle du lieu où il contracte. Le Code civil est plein d'applications de cette règle, admise également par tous les publicistes et jurisconsultes.

S'il est étranger, l'infraction est bien plus grande encore. Cet étranger ne peut, chez lui, naturellement suivre que sa propre loi ; si elle ne prescrit pas les mêmes formes, et s'il tient ce qu'elle prescrit, quelle objection à lui faire ? (45).

---

(45) Quoi qu'il en soit de ces considérations, la disposition de loi est trop formelle, pour qu'on puisse hésiter ; conf. Aix 10 janv. 1863, Havre 9 juillet 1872 (*J. M.* 1864, 1, 323 ; 1872, 2, 81). *A fortiori* en serait-il ainsi dans le cas où ce serait l'emprunteur, et d'une façon plus précise, le capitaine qui serait étranger, le prêteur étant français ; car celui-ci ne saurait,

Nous en venons, il est temps, aux formes internes de la convention de grosse, c'est-à-dire aux *énonciations* que doit régulièrement contenir l'acte qui l'établit ou qui la constate.

L'Ordonnance n'en prescrivait aucune.

Néanmoins tous les auteurs avaient senti et enseigné qu'en cette matière, il y en avait de nécessaires, d'indispensables. Tous citaient comme vicieux celui qui se bornerait à dire : *je paierai, dans tel temps, à un tel, la somme de tant, valeur reçue de lui en grosse aventure.* Tout disaient que, faute d'énonciations convenables ou suffisantes, il y avait là, non un prêt à la grosse, mais un simple prêt ordinaire (voy. surtout Emérigon p. 402).

Le Code a suppléé à l'omission de l'Ordonnance; l'art. 311 porte que :

Le contrat à la grosse énonce,
Le capital prêté,
La somme convenue pour le profit maritime,
Les objets sur lesquels le prêt est affecté,
Les noms du navire et du capitaine,
Ceux du prêteur et de l'emprunteur,
Si le prêt à lieu pour un voyage,
Pour quel voyage et pour quel temps,
L'époque du remboursement.

Il est une première remarque à faire : la loi ne pro-

---

selon son gré ou son avantage, se soustraire à son statut personnel; *sic* Cass. 9 juillet 1845, 26 mars 1860 (*D. P.* 1845, 1, 313; 1860, 1, 223; *J. M.* 24, 2, 147; 38, 2, 87).

nonce formellement pas la peine de la nullité, pour telle omission des énonciations qu'elle a prescrites.

On convient que cela n'était pas nécessaire, que la nullité était, non pas pour toute omission indistinctement, mais seulement pour celle qui détruirait l'acte dans son essence ou en empêcherait l'exécution (46).

Mais c'est ce qu'il n'est pas toujours possible ou facile de reconnaître ou décider.

Il convient donc de reprendre, dans leur ordre, ces énonciations légales, afin de mieux apprécier leur degré d'importance et l'influence de leur omission sur le sort du contrat.

1° *Capital prêté.*

Cette énonciation est d'une évidente nécessité, c'est la matière même du contrat.

Mais, nous l'avons déjà indiqué, de cette expression il ne faut pas induire qu'on ne puisse prêter qu'une somme d'argent.

Cela doit s'entendre de toute autre chose, denrées, marchandises, etc. (Emérigon chap. v, sect· 3 ; Vincens p. 297) pourvu que la chose prêtée soit appréciable et appréciée, attendu que c'est non de telle chose même, mais de sa valeur ou estimation que l'emprunteur se rend débiteur.

Voici l'exemple que rapporte d'une convention ana-

---

(46) Locré sur l'art. 311 p. 327 ; Boulay-Paty, p. 47 ; nous même avons exprimé une idée analogue, en ce qui concerne l'*affrétement* ; voy. *suprà* p. 92.

logue Émérigon (p. 486) : des peaux de maroquins sont prêtées à la grosse, on les estime à telle somme ; c'est telle somme dont la restitution fut directement réclamée et ordonnée en justice.

Ceci s'écarte en quelque chose des notions communes du *mutuum* ou prêt de consommation, où l'obligation de l'emprunteur est avant tout et naturellement de rendre autant de même espèce et qualité, sauf, s'il ne le peut, à payer la valeur (C. civ. art. 1892, 1902, 1903).

Ici, à la différence, l'obligation directe et principale est de payer la valeur ou estimation, et le contrat doit toujours se terminer et se solder en argent.

2° *Somme convenue pour le profit maritime.*

Cette condition n'est pas moins nécessaire et essentielle au contrat.

S'il y avait absence de profit, ce ne serait point un contrat à la grosse, mais un simple prêt, mêlé de donation en cas de perte.

La loi ne parle de *somme convenue* que parce que ordinairement, c'est en argent que le change est stipulé à raison de tant pour cent sur la somme prêtée ; il en est un peu à cet égard du profit ou change maritme, comme du *change* usité en matière de banque, lequel, parmi nous du moins, se résout toujours en argent.

Mais, nous l'avons dit, ce change peut, selon l'occurrence, consister et s'exprimer en toute autre chose.

Bien plus, ajoutons ici qu'il n'est pas même besoin d'une expression formelle et littérale ; il suffit qu'il existe implicitement dans les conditions du contrat, qu'en fait

il dérive de ses clauses combinées quelque profit ou avantage pour le prêteur.

En voici un exemple remarquable donné par Emérigon (p. 405) :

Un capitaine se trouvait à Smyrne et, ayant besoin de victuailles, emprunte d'un négociant français 1000 piastres, monnaie du Grand Seigneur, s'obligeant de payer à Marseille, à son arrivée, les piastres de Turquie à raison d'un écu de France chacune, le prêteur courant les risques de mer jusqu'à la destination.

L'auteur, consulté sur ce cas, décide que c'est un vrai contrat de grosse, attendu que la conversion de la monnaie turque en monnaie de France, sur le pied d'un écu par piastre, donnait au prêteur un bénéfice ou un change implicite d'environ 20 0[0, qui était bien le prix du péril qu'il avait couru.

Mais supposons qu'on ne trouve ni change formel, ni change implicite, dans un contrat qu'on a qualifié à la grosse : pour qu'il vaille comme tel, sera-t-il, ou non, possible de réparer l'omission, et de suppléer à l'absence totale de profit convenu ?

Les anciens docteurs (Straccha entre autres) pensaient qu'alors il n'y aurait jamais qu'un simple prêt, produisant le seul intérêt de terre au taux légal.

Mais Emérigon (p. 406) a pensé que, s'agissant ici d'un contrat de bonne foi, il y aurait lieu de suppléer à l'omission provenant d'erreur ou d'inadvertance.

Et comment cela ?

Le change nautique serait réglé suivant le cours de la place, eu égard au temps et au lieu du contrat.

Et nos auteurs modernes ont adopté cette solution (Pardessus p. 499, Boulay-Paty p. 58) (47).

Qu'en faut-il penser ?

Cet expédient (car c'en est un) peut sembler équitable, s'il ne s'agit, comme le suppose Emérigon, que d'un simple oubli ; mais cela même n'est pas, surtout aujourd'hui, exempt de difficultés :

1° Peut-on bien dire que les parties avaient entendu faire une vraie convention de grosse, lorsqu'elles n'ont rien stipulé pour le change, inhérent, essentiel à tout contrat de grosse.

2° Le change maritime (ou prix du péril) se mesure sur l'opinion que le prêteur pouvait se faire du péril. Or cette opinion est toute personnelle au prêteur. Qu'importe que d'autres, dans des occasions semblables ou analogues, y aient mis tel ou tel prix ? le prêteur est en droit de dire : je n'aurais pas, moi, voulu m'en charger à ce prix ; vous ne pouvez me l'imposer arbitrairement.

3° La loi nouvelle, de plus que l'ancienne, a formellement exigé que cette condition essentielle résultât de l'acte même, et non d'ailleurs ; il faut donc qu'elle y

---

(47) *Adde* Dalloz v° *cit.* n° 1243 ; Caumont *ibid.* n° 6 § 5, et un arrêt de Bordeaux du 22 août 1867 cité par lui; cpr. l'application que nous avons nous-même faite de cette idée pour le prix du fret ou nolis, *suprà* p. 95.

soit remplie, sinon expressément, au moins implicitement (48).

Mais quoi qu'il en puisse être entre les parties, prêteur et emprunteur, qu'en sera-t-il à l'égard des tiers?

Comment, dans un pareil cas, le prêteur pourrait-il prétendre privilége à leur encontre?

Il faut pour cela un acte par écrit, enregistré, comme nous l'avons vu, dans les dix jours de sa date (art. 192 n° 7 et 312); ce n'est qu'à ces conditions que le prêteur a privilége, préférence sur les tiers, soit pour son capital, soit pour le change maritime (art. 320).

Or cela implique bien, à leur égard, la rédaction et l'enregistrement d'un acte complet, qui se suffise à lui-même, qu'on n'ait pas à compléter par des moyens étrangers.

Comment d'ailleurs donner privilége, à leur préjudice, à un change maritime non exprimé, ou même non convenu, qu'on établirait ou déterminerait après coup?

3° *Objets sur lesquels le prêt est affecté.*

Il faut bien en règle que ces objets soient connus et désignés, puisque, s'ils périssent, l'emprunteur est libéré, puisque sur eux s'assied un privilége, au préjudice des tiers.

---

(48) Nous croyons ces considérations (surtout les deux premières) déterminantes, et on voit tout de suite la différence qu'il y a sous ce rapport entre un contrat usuel, quotidien, comme l'affrétement, et la convention extraordinaire, anormale, dont s'agit. Dans ce dernier sens, Bédarride n[os] 837 à 839; Marseille 10 juillet 1821 (*J. M.* 3, 1, 133).

Il faut bien aussi qu'au besoin on puisse s'assurer que les parties n'ont pas violé la défense de l'art. 318, d'emprunter et de prêter *sur fret à faire* ou *profit espéré*, violation que le même article punit en annulant la convention de grosse, et en refusant même au prêteur l'intérêt ordinaire de son capital (49).

Le navire se désigne par son nom, par sa qualité et autres circonstances accidentelles qui peuvent s'y rattacher (cpr. t. I, p. 58 et sq.).

Et il y faut une grande exactitude, car le sort du contrat en dépend, comme nous le verrons mieux.

Quant aux marchandises, il faut, disent quelques-uns, les désigner, s'il est possible, par leur nature ou espèce, par leur poids, nombre ou mesure (cpr. art. 332).

Mais cela n'est pas indispensable et est rarement pratiqué.

Cela est même impossible en certains cas ; car il arrive souvent qu'au moment de l'emprunt, les marchandises qui en seront le gage, ne sont pas encore achetées, et qu'elles ne le seront qu'avec les deniers même empruntés.

C'est un prêt très-licite et très-usité.

Il suffit donc, pour la désignation des marchandises, d'indiquer le navire sur lequel elles ont été ou seront

---

(49) L'indication aurait encore son intérêt, au point de vue de l'application des art. 316 et 317, ainsi que nous le verrons mieux plus loin; aussi n'est-il pas douteux que l'omission n'en entraînât la nullité du contrat; conf. Bédarride n° 841, Marseille 11 avril 1828 (*J. M.* 9, 1, 322).

chargées, sans les désigner elles-mêmes autrement que par le mot générique de *facultés*.

Le prêt sera censé fait sur toutes celles que l'emprunteur aura chargées sur le navire indiqué.

Si même il n'y avait pas de désignation spéciale d'un navire, l'emprunteur pouvant ne pas savoir encore sur lequel on chargera, et si simplement on prête sur les marchandises d'un tel, pour tel voyage indiqué, le prêteur serait censé s'en être rapporté à l'emprunteur pour le choix du navire ; il suffirait qu'il eût effectivement chargé sur un navire, quel qu'il fût, faisant le voyage énoncé (50).

Faut-il que le contrat détermine la valeur des objets affectés ?

Cela n'est pas exigé, et ne pouvait l'être, d'après ce que nous venons de dire : c'est plus tard, quand l'événement se vérifie contre le prêteur, que l'emprunteur devra justifier d'objets de valeur égale au montant du prêt (art. 329).

Mais assez souvent, pour prévenir des difficultés sur

---

(50) M. Bédarride développe longuement l'idée contraire (n° 845) en se fondant sur les fraudes auxquelles cette combinaison peut donner lieu. Mais il n'est pas douteux que la même chose ne puisse arriver pour le contrat d'assurance, au sujet duquel la validité de la clause, en l'état de l'art. 337, ne peut être contestée. Cela étant, la solution énoncée au texte nous paraît, par suite de l'identité absolue de règles en ce qui concerne les risques, s'imposer de soi.

ce point, on évalue le gage dans le contrat même ; et cette évaluation fait la loi des parties, elle est de droit réputée exacte, sauf au prêteur à la détruire, en en démontrant l'exagération, qu'elle soit ou non frauduleuse (51).

4° *Noms du navire et du capitaine.*

Si le prêt est fait sur le navire, cette énonciation se confond avec la précédente, celle de l'objet affecté.

S'il l'est sur marchandises, elle a pour but d'en fixer l'identité, de déterminer le contenu par le contenant.

Cela est-il indispensable ? non, puisque nous avons vu qu'en doctrine comme en pratique, on pourrait, selon les circonstances, se passer de la désignation du navire et par conséquent de celle de son capitaine.

Mais remarquez que si, dans le contrat, cette désignation est faite, elle fait loi et on ne peut plus s'en écarter.

Le prêteur est alors en droit de dire qu'on lui fait courir d'autres risques que ceux qu'il a eu en vue, quand tel navire lui a été désigné.

Il a entendu courir les risques de tel navire, et non ceux de tel autre ; et si volontairement on change de navire, il ne supportera pas la perte (art. 324).

Vainement dira-t-on que le navire désigné eût également péri, la loi ne s'est pas arrêtée à cette objection, car le risque est chose d'opinion (cpr. art. 348 2e alin.).

La même observation s'applique au capitaine.

---

(51) Nous retrouverons encore toutes ces choses, et dans les mêmes termes, en matière d'assurance.

5° *Noms du prêteur et de l'emprunteur.*

Ceci semble très-essentiel au contrat.

En général, nul acte ne peut avoir d'effet, si l'on ignore entre quelles parties il est passé ; il n'impose d'obligation ni n'attribue de droit à personne (Locré p. 332, Pardessus p. 503).

Pourrait-il en être autrement du contrat de grosse en particulier, dont la nature même prête au soupçon d'usure et de déguisement ?

Nul doute que le nom de l'emprunteur, de l'obligé ne soit indispensable (mêmes auteurs *ibid.* ; Boulay-Paty p. 48, Bédarride n° 847) ; il y est toujours dénommé, ne fût-ce que par sa signature.

Mais le nom du prêteur sera-t-il également nécessaire, obligatoire ? Supposons qu'on l'ait omis dans la rédaction, par oubli et inadvertance ; que l'acte porte : *je paierai dans tel temps, telle somme* (sans dire à qui), *avec tel profit maritime, valeur reçue à la grosse, sur tel navire, faisant tel voyage.*

Un individu quelconque se présente porteur de cet acte, faudra-t-il le reconnaître pour créancier légitime ?

Locré et Boulay-Paty (*ibid.*) admettent que l'omission est dans ce cas couverte, et que l'individu, le billet à la main, est réputé créancier, pourvu que d'autres circonstances viennent justifier la présomption.

Pardessus *eod. loc.*, déclare l'acte imparfait, et incapable de produire obligation au profit du porteur ; mais il admet que ce serait un commencement de preuve par écrit, à compléter par la preuve testimoniale ; opinion

non-seulement très-discutable, mais qu'on peut tenir pour inadmissible.

Quoi qu'il en soit, l'acte dont il s'agit aurait-il effet contre les tiers, produirait-il un privilége?

Non, répond Pardessus, attendu que les formes légales manquent à l'acte.

Oui, répondent au contraire Locré et Boulay-Paty, si l'acte a été enregistré ; car les tiers ont été avertis par là que le navire ou le chargement ont été affectés à un prêt, et cela leur suffit ; peu importe qui est le prêteur.

Etranges décision et motif ! Si l'on a enregistré un prêt imparfait illégal, comment a-t-il pu produire privilége ? (52).

Mais que décider si c'est volontairement, à dessein,

---

(52) En somme l'opinion de M. Cresp ne se dégage pas très-nettement dans tout cela. Nous adhérons, quant à nous, à l'avis exprimé par Locré et Boulay-Paty, par l'unique raison que, dans un contrat comme celui-ci, la personne du créancier est absolument indifférente. Est-ce à dire que l'on doive pour cela accepter comme tel la première personne qui se présente, et doit-on assimiler sous ce rapport un acte conçu dans les termes qu'indique M. Cresp, à un véritable titre au porteur (à supposer que cette dernière forme soit ici possible) ? Non certes, l'omission du nom du prêteur étant due ici à un oubli ou à une inadvertance, il faut que la personne qui se présente pour exiger le remboursement, prouve qu'elle est le créancier primitif en faveur duquel l'acte a été consenti, ou bien qu'elle est à ses droits, sauf à faire cette justification par tous les moyens ; en ce sens Bédarride n° 848.

que le nom du prêteur a été laissé en blanc dans l'acte ? ou, ce qui revient au même, si l'emprunteur a promis simplement de payer au porteur, sans d'ailleurs nommer personne ?

Il est bien vrai que cette forme d'engagement (en blanc ou au porteur), sans autre désignation, après avoir été longtemps et sérieusement proscrite par nos lois, a fini par être admise dans la pratique commerciale et autorisée par certaines dispositions de nos lois même, ainsi par l'art. 35 Cod. com., pour les *actions* dans une société, par l'art. 281 pour le *connaissement* (53).

Mais le Code n'a rien autorisé ni rien dit de pareil pour un acte ou billet de grosse ; si donc un acte de ce genre était *au porteur*, serait-il valable et produirait-il tous ses effets, même à l'égard des tiers ?

L'Ordonnance n'exigeait point expressément le nom du prêteur ; et néanmoins Emérigon réprouvait le billet de grosse en blanc, attendu le privilége attaché à cette espèce de contrat, et la crainte des abus qui se commettraient (p. 403).

A plus forte raison quand le Code commerce (art. 311) a voulu l'expression du nom du prêteur tout aussi bien que de l'emprunteur.

Quel acte que celui qui établirait un privilége, un droit public opposable aux tiers, en faveur d'un inconnu, d'un être de raison ! Quelle source d'abus, de frau-

---

(53) *Adde* art. 1er de la loi du 14 juin 1865 pour le *chèque*.

des, de simulations et collusions pour tromper la foi publique ? (54).

6° *Si le prêt a lieu pour un voyage, pour quel voyage et pour quel temps.*

C'est là une rédaction embarrassée, confuse, incomplète, qui a grand besoin d'être éclaircie et rectifiée.

Si le prêt a lieu pour un voyage : il semblerait par ce premier alinéa que le prêt à la grosse dont s'occupe la loi et dont elle trace les règles, peut s'appliquer à autre chose qu'à la navigation, qu'à des voyages ou à des transports maritimes.

Pour quel voyage et pour quel temps : il semblerait également, par ce dernier paragraphe, que le prêt fait

---

(54) Nous ne nous dissimulons pas la force de ces objections; nous inclinons cependant à croire que le billet de grosse peut revêtir la forme *au porteur*. En dehors de la tendance générale qui se prononce aujourd'hui en faveur de tout ce qui peut favoriser le développement du crédit commercial, tendance dont la loi précitée sur les *chèques* porte le témoignage irrécusable, il est ici un argument décisif, c'est celui tiré de l'art. 281 ; car l'on ne comprendrait point que l'on admît une solution différente pour le *connaissement* et pour le *billet de grosse*, ces deux titres appartenant à une même catégorie d'opérations, celles qui concernent le commerce et la navigation maritimes. Il est à remarquer du reste que la disposition dont s'agit n'existait pas, du moins *parte in qua*, dans l'Ordonnance de la marine ; il est à croire dès lors que si elle eût existé déjà, l'opinion d'Emérigon en aurait été modifiée ; en ce sens Pardessus n° 483, t. II, p. 379, Bédarride *loc. cit.*

pour un voyage n'a jamais lieu que pour un temps déterminé ; et à l'inverse qu'on ne peut prêter pour tel temps, indépendamment de tel voyage déterminé.

Le fait est qu'on peut emprunter pour un voyage, sans limitation de temps, et alors il suffit de désigner le voyage ; ou pour un temps et pour tel nombre de jours et de mois, et alors il faut déterminer le temps, sans qu'il y ait à désigner un voyage particulier (55).

Dans le premier cas, le risque du donneur ne cesse qu'à la fin du voyage désigné, quelle que soit d'ailleurs sa durée.

Dans le deuxième, le risque cesse à l'expiration du temps fixé, que le navire soit, ou non, encore en cours de navigation.

Quand on prête au voyage, sans limitation de temps, le prêt peut, selon les accords, s'appliquer au double trajet que le navire aura à faire pour se rendre à sa destination et pour en revenir ensuite ; ce qu'on exprime en disant que le prêt est fait pour l'*aller et le retour* du navire. Mais on peut convenir que le prêt aura lieu, pour l'aller seulement ou pour le retour seulement.

On peut même ne prêter que pour une fraction de voyage, soit d'aller, soit de retour, et convenir que,

---

(55) Un exemple d'un prêt semblable nous est fourni par l'arrêt de cassation, déjà plusieurs fois cité, du 20 fév. 1844; il s'y agissait, dans l'espèce, d'un prêt pour un an sur des barques de pêche.

quand le navire sera parvenu à telle hauteur en mer, tel lieu de relâche ou d'échelle, le risque cessera pour le compte du prêteur.

La convention doit exprimer clairement ces pactes divers.

On s'est demandé ce qu'il y aurait à faire, en cas de doute sur le point de savoir si le prêt embrasse l'entier voyage d'aller et de retour, ou s'il s'applique seulement à l'aller.

A cette question, tous les auteurs (Pothier, Emérigon, Locré, Boulay-Paty, Dalloz) répondent en donnant pour règles d'interprétation :

1° *L'usage des lieux*, à savoir si communément on y compte l'aller pour un voyage, ou si l'on y comprend sous ces mots l'aller et le retour.

2° *Ce qui s'est pratiqué à la même époque*, s'il s'est fait d'autres prêts pour l'aller et le retour, et que le change soit à peu près le même que celui qu'on a stipulé, ou si, au contraire, il s'y trouve une différence sensible.

3° *A défaut on décidera contre le prêteur*, et on lui fera garantir l'aller et le retour, par deux motifs : 1° parce que cela est plus conforme à la nature du contrat, anciennement dénommé *à retour de voyage*, 2° parce que, dans le doute, on doit préférer l'interprétation la plus favorable au débiteur (Pothier n° 32, cpr. art. 1162 Cod. civ.). *Adde* Bédarride n° 850).

Quand le prêt est fait, non pour tel voyage, quelle

que soit sa durée, mais pour un temps déterminé, ce temps expiré, le risque cesse pour le donneur, et le change lui est acquis : peu importe que le navire soit encore en voyage.

Peu importe aussi que, depuis son départ, le navire ait séjourné, ait été retenu dans des ports de la route, et ait ainsi consumé une partie du temps assigné au risque.

Peu importe enfin que l'emprunteur raccourcisse le temps des risques, qu'il en décharge d'autant le prêteur; il suffit que le risque ait commencé de courir à la charge de celui-ci, pour que le change convenu lui soit acquis en totalité.

Mais indépendamment de ces deux modes de prêt, on en connaît et pratique un troisième, qui participe des deux autres.

Exemple : *je prête pour six mois, pour un voyage aux Indes* (c'est le prêt *à temps et au voyage* cumulativement).

Alors quand finira pour moi le risque? sera-ce après le voyage entier des Indes? ou bien après six mois écoulés, le voyage aux Indes n'étant pas encore terminé?

Suivant les docteurs italiens, le prêteur n'a droit au capital et au change, que quand le voyage désigné est accompli.

Ce voyage est alors l'objet principal du contrat, le temps limité n'est que l'accessoire; il n'a pas d'autres

but et effet que d'augmenter le change ou profit, à proportion de la plus longue durée du voyage.

Et telle est en effet la décision du Code de commerce qui régissait Naples (art. 301 et 302).

Notre Code ne s'explique pas sur cela, mais il paraît que notre jurisprudence était contraire à celle d'Italie ; Emérigon en fait foi (p. 517 et sq.). Ainsi dans l'exemple que j'ai posé, pour que le risque continuât à courir jusqu'aux Indes à la charge du prêteur, il faudrait une stipulation formelle, portant qu'après les six mois déterminés, le change serait augmenté au prorata, pour chaque mois qu'entraînerait de plus l'accomplissement du voyage (56).

Quoi qu'il en soit, pour nous résumer sur notre sixième énonciation, il semble que le Code aurait pu tout embrasser et tout exprimer d'une manière plus nette, plus précise et plus complète à la fois, en disant que le contrat énonce : *si le prêt a lieu pour un voyage ou pour un temps limité, ou s'il a lieu pour un voyage et un temps limité cumulativement.*

---

(56) En somme, le sens de la présente convention est que le risque finira par l'échéance de l'un ou de l'autre des deux termes stipulés. Si le voyage se termine avant les six mois, le risque finira lors de l'accomplissement du voyage, encore que les six mois ne soient pas écoulés ; dans le cas contraire, le contrat prendra fin à l'expiration des six mois.

7° *L'époque du remboursement.*

Si dès la cessation du risque à sa charge, le prêteur a droit à la restitution du capital, et si le profit nautique lui est dès lors acquis, il semble qu'il était inutile de parler de l'époque du remboursement; qu'il suffisait d'exiger la désignation du risque, par le voyage ou le temps limité.

Mais autre chose est la *condition*, autre chose le *terme*.

La condition accomplie, un terme peut être accordé pour le paiement.

Communément l'acte accorde un terme quelconque, à compter de la fin du risque, pour que l'emprunteur, obligé de rembourser, ait le temps de faire des fonds, en exigeant ses nolis, en vendant ses marchandises.

Mais il faut que cela soit exprimé : autrement en rigueur capital et change sont payables comptant, c'est-à-dire dès la fin du voyage ou l'expiration du temps.

Néanmoins le juge pourrait, selon les circonstances, accorder un délai raisonnable, malgré le silence du contrat, et même quoique ce contrat eût dit que le paiement serait fait aussitôt après la cessation du risque (Emérigon t. II, n° 527, Boulay-Paty t. III).

Ces délais de grâce sont autorisés par l'art. 1244 du Code civil.

Et cette faculté appartient aussi au juge de commerce,

sauf le cas où la loi le lui interdit, comme en matière de lettre de change (art. 157) (57).

D'après l'étude précédente, nous en savons assez sur les formes, tant internes qu'externes, qui légalement peuvent seules constituer un vrai contrat à la grosse.

Mais ce n'est pas tout, il s'en faut; maintenant il nous faut voir quels sont les effets d'un tel contrat, quelles obligations, quels droits et exceptions en dérivent, et comment tout cela peut, selon l'occurence, se modifier ou s'éteindre.

Et d'abord qui s'oblige ? Le preneur seul, dit-on. Admettons cela pour le moment, sauf à le mieux examiner plus tard.

A quoi s'oblige-t-il ? à restituer le capital prêté, avec le change maritime convenu.

Mais cette obligation, ainsi que nous l'avons vu, est conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle est contractée sous la condition, que les objets affectés arrivent à bon port, ou (ce qui revient au même, mais précise mieux la chose), que, dans le temps et le lieu des risques, il ne survienne pas d'accident de force majeure qui cause la perte des objets affectés.

---

(57) Il en résulte, ainsi que du reste M. Cresp l'établira mieux plus loin, que si le billet de grosse était *à ordre*, des délais de grâce ne pourraient plus être accordés ; c'est sur ce cas et en ce sens qu'a statué un arrêt de la Cour d'Aix du 25 nov. 1859 (*J. M.* 38, 1, 158).

La condition est remplie, le capital et le change sont exigibles, et le prêteur est tenu du paiement :

Quand le prêt étant fait *au voyage*, l'objet affecté arrive à sa destination ;

Quand le prêt étant fait jusqu'à *telle distance* ou *telle hauteur*, l'objet a atteint le point déterminé ;

Quand le prêt étant fait pour *un temps limité préfix*, ce temps est expiré, sans que l'objet ait été détruit par force majeure.

Dans tous ces cas la condition s'accomplit, les risques finissent, le prêt devient exigible, régulièrement et conformément à la convention.

Mais il peut se faire que la condition s'accomplisse plus tôt, que l'exigibilité soit anticipée, par le fait même de l'emprunteur :

Si, le risque ayant commencé à courir pour le donneur, le preneur raccourcit, soit le voyage désigné, soit le temps convenu (arg. art. 364) ;

Si, le navire parti, sa destination est changée, c'est-à-dire s'il y a, comme on l'appelle ordinairement, *rupture du voyage* (art. 325, arg. art. 351) ;

Si, le voyage maintenu, on change volontairement la route ordinaire, usitée ; c'est le *déroutement* (mêmes dispositions) ;

Si l'on change volontairement le navire désigné (art. 324).

Enfin, même en cas de perte dans le temps et le lieu des risques, la condition peut s'accomplir et l'exigibilité avoir lieu, si la perte est provenue, non de cas fortuit

et de fortune de mer, mais du vice propre de la chose, ou du fait du preneur ou de ses préposés (art. 326).

Dans tous ces cas, la condition est accomplie, ou est censé l'être ; le preneur est définitivement obligé de rembourser le capital et d'acquitter le change maritime ; et par conséquent le prêteur a dès lors droit et action pour demander le paiement de l'un et de l'autre.

Mais, créancier conditionnel, pour exercer ce droit, cette action, il faut que ce prêteur prouve que la condition est remplie ; il faut qu'il prouve l'événement d'où il fait résulter sa propre action et l'obligation de l'emprunteur (58).

Ceci n'offre pas de difficultés, appliqués aux divers cas de cessation de risques dont il vient d'être parlé.

Mais *quid* si, le risque ayant commencé, on n'a plus aucune nouvelle du navire, ou d'une façon générale, des choses affectées ? Que faudra-t-il décider ?

On présume alors qu'elles ont péri dans le temps et le lieu des risques.

La présomption est contre le prêteur, car c'est à lui à prouver l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire que la chose à ses risques n'a pas péri par force

(58) Ceci est une suite de la double différence ci-dessus signalée entre l'assurance et le prêt à la grosse ; en matière d'assurance, l'assureur, qui joue rôle du prêteur, n'a rien à prouver, car ce n'est pas lui qui *agit*.

majeure, ou n'a pu périr qu'après qu'elle avait cessé d'être à ses risques (59).

Cela posé, voici les questions qui s'offrent aussitôt à nous, et que nous ne pouvons nous dispenser de résoudre.

De quelle nature est l'action acquise au prêteur, et contre qui peut-il l'exercer?

Qu'a-t-il droit de réclamer par cette action, et que doit-on lui payer?

Comment, à qui, dans quel temps, dans quel lieu, le paiement doit-il être fait?

Quels sont les droits et obligations d'un cessionnaire d'un billet de grosse, si ce billet est à ordre, ou s'il arrivait que ce billet fût au porteur?

Quelles restrictions ou modifications peut subir le droit du prêteur sur les choses affectées, s'il arrive que d'autres que lui viennent concurremment y exercer leurs droits?

---

(59) Cpr. Aix 22 janv. 1850 (*J. M.* 29, 1, 1). La règle est la même pour l'assurance (art. 375 et 376), bien qu'ici la preuve dût incomber à l'assuré; nous en dirons mieux les raisons plus tard.

§ I.

Quelle est l'action du prêteur, et contre qui s'exerce-t-elle?

L'action du prêteur a un double caractère ; ou plutôt elle en comprend deux, l'une *personnelle*, l'autre *réelle*.

Voyons-les, sans les confondre.

Et d'abord le prêteur a une action personnelle pour la somme prêtée et le profit maritime.

Quand tout se passe directement entre un emprunteur et un prêteur, point de difficulté pour savoir contre qui compète l'action personnelle.

Mais si l'emprunt a été fait par intermédiaire, qui est personnellement obligé du véritable emprunteur ou de l'intermédiaire qu'il a employé ?

Il faut distinguer si l'intermédiaire a agi comme *mandataire*, en déclinant sa qualité, ou comme *commissionnaire*.

On sait quelle est la différence entre le *mandat* et la *commission*.

Le mandataire agit à la fois pour le compte et au nom de son mandant, le commissionnaire agit pour le compte de son commettant, mais en son nom propre.

Au premier cas, le mandataire, s'il s'est tenu dans les limites du mandat, ne s'oblige à rien personnellement; il n'oblige que son mandant, contre lequel seul le prêteur a action.

Au second cas, il s'oblige en son propre nom, il est soumis à une action personnelle ; ce n'est que comme subrogé à lui, que le prêteur peut atteindre le commettant.

Qu'en est-il de l'emprunt qui est fait par un capitaine ?

Un pareil emprunt donne lieu, en faveur du prêteur, à ce qu'on appelle, dans le droit, l'*action exercitoire*.

Dans la législation romaine, qui est la source des lois et usages modernes, on appelait *exercitor* le propriétaire d'un navire, ou celui qui le louait entier, pour le faire naviguer à son profit (c'est notre armateur).

On appelait maître du navire (*magister navis*), le préposé ou facteur que l'*exercitor* mettait à bord, pour avoir soin du navire et du commerce d'outre-mer.

L'*exercitor* était tenu de tous les faits et engagements du *maître* relatifs au navire, tout comme s'il avait contracté lui-même.

Il était tenu même des faits de celui que le maître s'était subrogé, même à son insu, même contre ses ordres.

Mais le maître aussi était lié personnellement ; il était même l'obligé principal; l'action contre l'*exercitor* n'était qu'accessoire, pour fortifier l'action principale.

On avait pourtant le choix d'attaquer l'*exercitor* ou le *maître*; et si on laissait celui-ci à l'écart, l'action contre l'*exercitor*, d'accessoire qu'elle était, devenait principale.

Parmi nous, le capitaine, appelé aussi *maître*, correspond exactement au *magister navis*.

Mais les obligations et actions ne sont pas les mêmes. En principe, celui qui contracte dans ses fonctions de maître ou capitaine, ne s'engage pas personnellement ; il n'engage que son commettant, le propriétaire ou armateur.

S'il contracte comme capitaine, en qualité de capitaine, *en nom qualifié*, comme on dit, cela suffit pour avertir les tiers que, simple préposé ou mandataire, il ne s'engage pas lui-même, qu'il n'entend engager que son préposant ou mandant, le propriétaire ou armateur.

Il n'y aurait d'exception à ce principe que dans les cas suivants :

1° Si le capitaine, en contractant, avait déclaré s'engager en personne, en son propre nom, sur ses biens ; par là il se serait porté garant de l'obligation qu'il contractait pour l'armateur (60).

---

(60) Les arrêts suivants de la Cour de Rennes, 16 juin et 24 nov. 1860, 15 mai 1861, fournissent un exemple de cette convention (*J. M.* 1861, 2, 49, 81 et 88; *D. P.* 1861, 2, 161). Cpr. cependant Marseille 23 août 1854 et 1er juillet 1857 (*ibid.* 32, 1, 255, et 36, 1, 100); mais ces décisions s'expliquent par les circonstances de la cause, elles n'entament en rien le principe.

2° Si son fait ou son engagement constituait de sa part un *délit* ou un *quasi-délit*. L'armateur en répondrait bien toujours ; mais l'auteur même du fait n'échapperait pas pour cela à la responsabilité personnelle (art. 236).

3° Si, malgré les prescriptions de la loi, il n'avait pas, en certains cas, agi avec le concours ou le consentement de l'armateur présent sur les lieux, ou s'il n'a pas, en l'absence de cet armateur, rempli telle ou telle formalité (cpr. art. 223, 232, 234, 312, 321), et s'il arrivait qu'à raison de ces omissions, il eût exposé le tiers de bonne foi à voir repousser son action, soit réelle, soit personnelle.

Mais hors de tout cas semblable, la règle est certaine, le capitaine n'est tenu personnellement de rien, c'est le propriétaire ou armateur qui seul est tenu.

Comment procède donc le tiers qui se porte créancier à raison du fait ou engagement du capitaine?

Aura-t-il, comme chez les Romains, le choix d'attaquer en paiement le capitaine ou l'armateur, ou de les attaquer tous les deux ensemble ?

Puisque, dans nos principes. le propriétaire est le véritable et seul obligé, il semble que c'est lui qu'on devrait pouvoir actionner.

Et cependant il peut convenir de citer aussi le capitaine, quoique non obligé, attendu que si l'on attaquait le propriétaire seul, il demanderait l'appel en cause du

capitaine, pour discuter la réalité ou la légitimité de l'engagement.

Mais toujours il semble bien qu'on ne pourrait, comme à Rome, actionner directement et uniquement le capitaine.

Car que pourrait-on ainsi obtenir contre lui? On ne pourrait jamais le faire condamner qu'en nom qualifié, sans exécution possible sur sa personne et sur ses biens

C'est pourtant cette dernière marche qui est suivie le plus communément.

Pourquoi? Parce que l'armateur est souvent inconnu des tiers qui, dans l'éloignement, ont contracté avec le capitaine, et qu'il serait trop difficile et trop long d'atteindre jusqu'à cet armateur.

Remarquez que le jugement rendu contradictoirement avec le capitaine, est censé rendu contradictoirement avec l'armateur.

Le capitaine a les actions du navire pour défendre, comme pour demander; ce qui est jugé avec lui est jugé avec l'armateur; il ne s'agit plus que de faire déclarer le jugement commun et exécutoire contre ce dernier

L'armateur ne peut plus discuter la question, contester l'engagement, ni son obligation; il n'aurait que la ressource de l'appel (61).

---

(61) C'est là aujourd'hui une idée universellement acceptée, et la jurisprudence en a fait d'innombrables applications; voy. en ce qui concerne plus particulièrement le prêt à la grosse, Marseille 30 janv. 1833 et 20 avril 1849 (*J. M.* 13, 1, 58 et 28, 1, 183).

Il y a dans cette procédure une grande et remarquable dérogation à la maxime que *nul en France ne plaide par procureur*, c'est-à-dire qu'un simple mandataire ou préposé n'a pas qualité pour actionner ou défendre en justice dans l'intérêt de son commettant.

Dès qu'il est certain que le propriétaire est obligé personnellement par le fait ou l'engagement du capitaine, il s'ensuit qu'il doit en être tenu sur tous ses biens, indépendamment de son navire (art. 2092 Cod. civ.).

S'il y a d'ailleurs affectation spéciale du navire à la dette, et qu'il en résulte, au profit du créancier, une action réelle et privilégiée, ce n'est là, pour celui-ci qu'une sûreté de plus, qui ne nuit aucunement à l'action personnelle et à ses conséquences ordinaires, la soumission de tous les biens du débiteur à l'acquittement de son obligation.

Mais le propriétaire d'un navire n'a-t-il pas quelque moyen spécial d'échapper à ces conséquences ordinaires de l'action personnelle, et d'affranchir ainsi sa personne et ses biens autres que son navire, sa *fortune de terre* comme on l'appelle, des suites de l'engagement dont il est responsable ?

Nous arrivons ici à une grande et intéressante question du droit maritime, qui a divisé longtemps et récemment encore, les auteurs, les tribunaux et les législateurs eux-mêmes.

Cette question, j'en ai dit quelques mots à l'occasion ;

c'est ici le cas de s'en occuper directement et pour elle-même (62).

La loi romaine (ff. *de exercit. act.* Dig.) avait déclaré le propriétaire responsable indéfiniment des faits du maître, son préposé ou mandataire ; elle n'avait donné à cet armateur aucun moyen d'échapper à la responsabilité qui pesait sur lui, et cela était exactement conforme aux règles posées pour toute préposition, pour tout mandat en général.

Notre Ordonnance de la Marine (liv. II, tit. VIII, art. 2) reconnut le principe en lui-même, mais elle crut devoir en tempérer la rigueur. Elle dit : *les propriétaires de navire seront responsables des faits du maître* ; MAIS ILS DEMEURERONT DÉCHARGÉS EN ABANDONNANT LEUR BATIMENT ET LE FRET.

Cette réserve d'abandon pour se libérer était une dérogation au droit commun, et même au droit maritime dans sa pureté originelle.

Quel en était le sens et la portée ? Quels étaient ces faits du capitaine, dont la loi entendait que les armateurs pussent se décharger par l'abandon du navire et du fret ?

---

(62) Nous avons nous-même fait allusion à cette controverse (t. I, p. 622), sans nous y arrêter autrement, la chose n'ayant plus aujourd'hui, en l'état de la loi de 1841, qu'un intérêt historique. On ne lira pas néanmoins sans profit les explications présentées à ce sujet par M. Cresp ; c'est pourquoi nous les avons maintenues.

A ce sujet grande controverse entre les interprètes, et même parmi les meilleurs.

Les uns (Emérigon chap. v, sect. 11, p. 454) y comprenaient tous les faits et engagements quelconques du capitaine, faits et engagements licites ou non, bien ou mal contractés, conformes ou non à la loi et à ses instructions.

La disposition devait être ainsi entendue en faveur de la navigation, comme encouragement donné aux armateurs, comme une garantie que, dans leurs expéditions de mer, ils ne compromettraient pas leur fortune de terre et *leur personne même*.

Mais d'autres (Valin, t. I, p. 568) ne donnaient point à la disposition la même latitude ; ils distinguaient dans les faits du capitaine, les engagements non valablement contractés, provenant de ses fautes, malversations, délits ou quasi-délits, et les engagements valables, utiles, licites, pour le bien de l'expédition, dans le cercle de son mandat et de ses devoirs.

Ils admettaient que l'abandon du navire et du fret pouvait et devait libérer les propriétaires du premier ordre de faits, mais non les exonérer de ceux du second.

Il y avait là déjà une dérogation assez grande aux règles du mandat et à la responsabilité qui s'y attache.

Le Code de commerce a-t-il vidé cette controverse? Jugeons-en par les termes de son article 216, tel qu'il existait d'abord : *Tout propriétaire de navire est* CIVI-

LEMENT *responsable des fautes du capitaine, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret.*

Au fond la disposition est la même que celle de l'Ordonnance ; mais vous remarquerez dans la nouvelle rédaction, un mot qui n'existait pas dans l'ancienne.

Cette introduction du mot *civilement* a eu des conséquences que les nouveaux rédacteurs ne prévoyaient certainement pas (voy. Locré sur l'art. 216, p. 69).

Sous l'ancienne loi, le principal argument de l'avis d'Emerigon était de dire : la loi déclare d'abord le propriétaire responsable des faits du capitaine, sans nulle distinction ; elle parle donc de tous les faits, quels qu'ils soient.

Or immédiatement elle ajoute que le propriétaire en est déchargé par l'abandon du navire et du fret.

Donc sa libération s'applique indistinctement aussi à tout fait, à tout engagement quelconque.

Cet argument s'est trouvé singulièrement affaibli par la loi nouvelle.

Tout propriétaire y est déclaré *civilement* responsable. Ce mot exprime qu'il s'agit de faits illicites, punissables, susceptibles de poursuites criminelles, correctionnelles ou de police contre leur auteur, crimes, délits, contraventions.

Mais par là-même la disposition devient inapplicable aux engagements légitimes, contractés dans le sens du mandat, utiles aux armateurs et aux navires, tels que

les emprunts à la grosse et autres actes pareils, autorisés par la loi.

Cependant, depuis le Code, des auteurs et des tribunaux n'en suivirent pas moins l'avis d'Emérigon, et n'en distinguèrent pas davantage suivant la nature des faits dont le propriétaire était affranchi.

Tels furent les tribunaux de Nantes, de Rouen, de Saint-Malo ; tels furent notamment le tribunal de Marseille et la Cour d'Aix, qui confirma ses décisions.

Mais la Cour de cassation, cassant un arrêt d'Aix, se prononça pour l'avis contraire (17 juillet 1827); elle se fonda essentiellement sur le mot *civilement*, ainsi que sur les art. 1998 et 2092 Cod. civ.

Cette haute décision ne suffit pas pour convaincre et convertir les récalcitrants; certains auteurs, Boulay-Paty entre autres, et certains tribunaux (celui de Marseille) persistèrent dans leur avis et jurisprudence contraires.

Mais deux autres arrêts la cour de de cassation (14 mars 1833, et 1er juillet 1834) semblaient avoir fixé la jurisprudence dans le sens du premier qu'elle avait rendu, lorsque la chambre de commerce de Marseille, prenant parti pour son tribunal consulaire, adressa une pétition au ministre pour provoquer une loi interprétative de l'art. 216, qui étendît l'abandon libératoire à tous les cas sans distinction.

En 1839 le ministre, y faisant droit, présente aux chambres législatives un projet qui supprime au § 1er le

mot *civilement*, et ajoute au deuxième : *dans tous les cas*.

En 1840, la loi passe inaperçue à la Chambre des députés ; mais à la Chambre des pairs, le ministre trouve des jurisconsultes qui, comme Persil ou Merilhou, font des objections plus ou moins graves.

On retire le projet, et on consulte les tribunaux et les cours qui, en général, semblent favorables au changement proposé.

En 1841, un nouveau projet est présenté aux Pairs et aux Députés, qui, après des renvois mutuels, finissent par tomber d'accord.

Il en résulte la loi du 14 juin 1841, laquelle modifie ainsi l'ancien art. 216 : *Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine*, ET TENU DES ENGAGENENTS CONTRACTÉS PAR CE DERNIER, *pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. Il peut*, DANS TOUS LES CAS, *s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret.*

Le sens de ce texte n'est plus douteux.

Malgré le maintien au § 1er du mot *civilement*, dont on aurait pu fort bien se passer, l'introduction au § 2 de ces mots *dans tous les cas* tranche la question ; elle la résout décidément dans le sens d'Emérigon et de ses partisans contre Valin et la jurisprudence suivie en cassation.

Mais cette solution législative est-elle bien la meilleure ?

Il serait permis d'en douter, si l'on considère sur quoi elle est fondée.

Aucun motif en sa faveur n'a pu être puisé dans le droit, dont au contraire elle blesse les principes ; on n'a pu l'asseoir que sur des considérations qui, elles-mêmes, bien appréciées ont assez peu de solidité (63).

En effet le grand argument des promoteurs de la loi a été de dire : tous les peuples commerçants admettent la faculté d'abandon, pour tous les faits et engagements du capitaine indistinctement ; mettez notre législation en harmonie avec les lois étrangères.

Rép. Au contraire, un grand nombre imposent une responsabilité indéfinie, absolue sans limitation, ni tempérament quelconque, *sic* Angleterre, Etats-Unis, Espagne, Prusse, Naples, etc. (64).

On a invoqué un autre argument tiré de l'intérêt national ; encouragez, a-t-on dit, les armements maritimes, rassurez nos armateurs effrayés par une responsabilité sans limite possible.

Rép. L'Angleterre ni les Etats-Unis ne s'en effrayent nullement ; ces pays, grands armateurs et navigateurs, s'y résignent sans la moindre plainte ni réclamation.

---

(63) Voy. sur ce point Dalloz *Droit marit.* son rapport, n° 21 et plus loin n° 206 ; cpr. les observations présentées t. I, p. 623.

(64) Des modifications se sont produites depuis dans le sens de la loi française.

Pourquoi le commerce français en éprouverait-il plus de gêne et de préjudice (65) ?

Quoi qu'il en soit, d'autres idées ont prévalu chez nous ; qu'elle soit, ou non, utile et rationnelle, la loi existe, elle est formelle, il faut s'y soumettre.

N'omettons pas de remarquer l'exception que fait à la faculté d'abandon un dernier paragraphe de notre article 216 (disposition ajoutée à l'ancienne rédaction : *toutefois*, y est-il dit, *la faculté de faire abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire ou copropriétaire du navire.*

Deux cas sont là exceptés de la faculté d'abandon;

---

(65) On se demande, en l'état de ces observations, ce que M. Cresp aurait pensé de la nouvelle jurisprudence, inaugurée par la Cour d'Aix (voy. t. I, p. 638 et sq.) et confirmée par une décision récente de la Cour de cassation, d'après laquelle l'armateur peut s'affranchir *absolument* de la responsabilité de tous les faits du capitaine, par une simple clause insérée au connaissement. Dieu nous garde de protester, en ce moment-ci surtout, contre cette tendance à favoriser la marine marchande ! mais, qu'on nous permette de le dire, ce n'est pas en lui faisant une position exceptionnelle, exorbitante du droit commun, et cela au détriment des autres intérêts, qu'on atteindra le but. Le but, en dehors des questions de politique générale, est dans une série de réformes qui ne doivent pas uniquement porter sur elle, mais sur d'autres industries qui lui servent d'auxiliaires forcés, et dont la situation également privilégiée peut être un obstacle à son développement.

celui où le capitaine est propriétaire du navire, et celui où il n'est propriétaire que d'une portion.

Premier cas. — Le capitaine est propriétaire du tout.

Pourquoi alors l'abandon est-il refusé ? Parce que il y a confusion des deux qualités, et qu'alors cesse le motif de la loi pour accorder cette faveur.

Elle ne l'a accordée au propriétaire, *distinct du capitaine*, qu'en considération des abus ruineux que pouvait commettre à son préjudice un préposé, dont il ne peut suivre et surveiller la gestion.

Or ce motif cesse complétement lorsqu'il n'y a point de préposition, lorsque c'est le propriétaire lui-même qui gère, agit et contracte directement.

Ce sont alors des obligations directes et personnelles qu'il contracte, et il retombe sous la règle du droit commun, qui veut que quiconque s'oblige personnellement soit tenu de sa dette sur tous ses biens indéfiniment.

Ce premier cas est donc sans difficulté, et à peine mérite-t-il d'être exprimé dans la loi.

Deuxième cas. — Mais en est-il de même du deuxième cas, celui où le capitaine est propriétaire, non de tout le navire, mais seulement de partie ?

Ceci demande explication, et appelait une décision.

Nous avons eu occasion de voir que, quand le navire appartient à plusieurs, les *portionnaires* ou *quirataires* étaient solidairement responsables des faits du capitaine, leur préposé ou mandataire commun, mais que chacun d'eux pouvait se soustraire à cette responsabilité soli-

daire et indéfinie, en abandonnant sa portion de propriété dans la chose commune (t. I, p. 389).

Ici le capitaine est portionnaire, devait-il pouvoir se libérer en abandonnant sa portion ?

Non, car relativement à cette portion, il agit et traite lui-même directement avec les tiers ; relativement à cette portion, le motif et la faveur de la loi cessent comme dans le cas précédent.

L'abandon doit donc lui être interdit.

Mais quelle sera la conséquence de son obligation personnelle ? Sera-t-il tenu pour toute la dette ?

Rigoureusement, on pouvait l'induire de la solidarité qui, en principe, existe entre tous les portionnaires.

Mais, d'un autre côté, l'abandon lui étant interdit, le capitaine, quoique simple portionnaire, se trouverait donc irrévocablement tenu de toute la dette sur sa personne et sur ses biens.

On a trouvé que cette rigueur irait trop loin, et la loi a équitablement décidé, par sa disposition finale, que *lorsque le capitaine ne serait que copropriétaire, il ne serait responsable des engagements contractés par lui, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, que* DANS LA PROPORTION DE SON INTÉRÊT.

Exemple : supposons que le capitaine est propriétaire du quart du navire, et que les dettes montent à cent mille francs, il ne sera obligé personnellement qu'à vingt-cinq mille fr. ; les autres copropriétaires restant solidairement obligés pour le tout, sauf le droit d'abandon dont ils pourront user.

C'est Pardessus qui donne cet exemple (t. III, p. 112, n° 664), et, ce qui est à remarquer, il ajoute que *selon lui cette modification est très-imparfaite.*

Il est fâcheux qu'il n'ait pas mieux motivé sa critique.

On peut cependant entrevoir ses motifs dans la manière dont il pose son exemple; il dit que, si les autres copropriétaires abandonnent le navire et le fret, *qui peut-être n'ont pas de valeur*, non-seulement ceux-ci mais *même le capitaine qui a contracté les dettes*, seront tous libérés des 75,000 fr. restants.

Mais, dans l'hypothèse où le capitaine ne serait pas portionnaire, si tous les copropriétaires font abandon, et que la chose abandonnée n'ait point de valeur, n'arrivera-t-il pas bien pis encore pour le créancier? Il perdra sa créance entière.

Il y a donc avantage pour lui à ce que le capitaine, copropriétaire pour un quart, reste obligé pour un quart de la créance.

Mais c'est ce capitaine lui-même qui a contracté la dette !

Oui ; mais jusqu'à concurrence des trois quarts, il ne l'a contractée qu'en nom qualifié, sans obligation personnelle pour lui.

Pourquoi donc, par suite de l'abandon que feraient ses propriétaires, faire retomber sur lui seul la dette tout entière ?

Ne faut-il pas, comme équivalent de l'abandon qui lui est refusé pour son quart, limiter pour lui la responsabilité au quart de la dette ?

Dans les idées confuses et contradictoires qui ont été échangées à ce sujet dans la discussion de la loi (66), on peut, je crois, discerner et saisir le vrai motif de solution.

Quel est le fondement de la responsabilité des faits ou engagements du capitaine ?

1er CAS : *Un seul est propriétaire du navire entier.*

Il est responsable de toute la dette, attendu la préposition qu'il a faite du capitaine.

S'il n'est pas préposant, c'est-à-dire s'il est à la fois propriétaire et capitaine, l'abandon lui est refusé.

2e CAS : *Il y a plusieurs copropriétaires.*

S'ils sont responsables, c'est encore en vertu de la préposition commune ; et s'ils sont solidaires et tenus chacun pour le tout, c'est en vertu des règles et matières sur le mandat ou préposition ; ils sont tenus ainsi comme préposants d'un même individu et pour une même affaire (67).

---

(66) Voy. sur cela Dalloz, no 24, et surtout no 189, où est discutée la question si le fait d'un armateur copropriétaire oblige solidairement tous les autres copropriétaires. *Ubi* observation de Boulay-Paty, que la disposition de l'art. 216 n'est que pour la responsabilité des faits du capitaine. *(Note de M. Cresp).*

(67) M. Cresp répète ici une idée qu'il avait déjà émise (voy. t. I, p. 389 et sq.) et que nous ne croyons pas exacte, ainsi que nous en avons fait l'observation, *eod. loc.* Aussi est-il à remarquer que la Cour de cassation, qui s'est prononcée tout récemment sur la question, et qui l'a résolue dans le sens de la

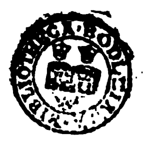
Or si le capitaine est lui-même propriétaire d'un quart, il n'y a de préposition, de préposants, de préposé que pour les autres trois quarts ; pour le quart du capitaine, il agit et contracte directement et personnellement.

Pourquoi lui imposerait-on une solidarité qui n'a lieu qu'entre préposants, lors d'ailleurs qu'on lui refuse l'abandon, attendu qu'il n'a lieu qu'en faveur de préposants (68)?

---

solidarité (27 fév. 1877), a évité d'invoquer un pareil motif, et s'est fondée uniquement sur les règles des sociétés commerciales. Elle aurait pu ajouter à cela l'autorité de la tradition ; voy. à ce sujet, dans les différents recueils judiciaires, les savantes conclusions du premier avocat général Bédarrides.

(68) Pour nous, qui ne rattachons pas la solidarité à la préposition, la raison est un peu différente ; elle se tire de l'impossibilité où est le capitaine de faire abandon. On ne pouvait dans ce cas maintenir intact le principe de la solidarité, bien qu'ici il se justifiat encore (c'est en quoi nous différons d'avec M. Cresp), par le motif que cette solidarité manquant ici de son correctif ordinaire, aurait placé le capitaine dans une situation à part, qui n'aurait pas eu d'analogue en droit. Il aurait été tenu de la totalité de la dette vis-à-vis des tiers, et n'aura pas eu de recours contre ses coïntéressés, on du moins son recours, en l'état de la faculté d'abandon laissée à ceux-ci, serait devenu complétement illusoire. Cela aurait blessé toutes les notions du droit et de l'équité; voy. cep. Cass. 30 mai 1869 précité.



§ II.

Que comporte l'action du prêteur ? Qu'a-t-il droit de demander ? Que lui doit l'emprunteur ?

C'est d'abord le *capital* prêté ; c'est ensuite le *change* ou *profit maritime* convenu.

Tout cela est acquis, et acquis en entier au prêteur, dès qu'il y a fin ou cessation du risque pour lui, soit par la terminaison du voyage, soit par le fait du preneur qui change ou abrége le voyage, qui change la route ou le vaisseau, sans y être contraint par force majeure.

Dès lors, de manière ou d'autre, la condition s'est accomplie, la dette du preneur devient certaine ; dès lors il doit, dans toute la force du mot, et dès lors il est tenu de payer ; capital et change sont immédiatement exigibles, à moins que la convention ne lui ait donné terme, même après le risque fini.

Si, après le voyage fini, ou au terme fixé par la convention, le preneur ne paye pas immédiatement, le prêteur pourra-t-il lui demander autre chose que le capital prêté et le change maritime ?

Pourra-t-il exiger de lui l'intérêt, soit du principal, soit du change ?

(Il est bien entendu que l'intérêt, dont je parle ici,

n'est plus l'intérêt ou profit maritime, convenu entre les parties, comme prix ou indemnité du risque mis à la charge du prêteur.

Dès que le risque de mer a cessé de courir pour lui, il est évident que l'intérêt maritime a dû aussi cesser d'avoir cours).

Il ne peut plus dès lors être question que de l'intérêt ordinaire attaché à toute avance de fonds ou valeurs, que de celui qu'on a appelé *intérêt de terre*, par opposition à l'autre.

Il faut, à ce point de vue, voir séparément ce qu'il en est du *principal* et du *change*.

Le Droit Romain avait admis qu'à la cessation du risque, et l'intérêt maritime finissant, l'intérêt de terre prenait cours de plein droit, *ipso jure*. Le débiteur était mis en demeure par la seule cessation du risque ; nul besoin d'interpellation judiciaire, de demande en justice.

Cela avait passé dans nombre de législations et coutumes maritimes.

Bien que l'Ordonnance n'en dit rien, Emérigon l'admettait sans difficulté, et rapportait de nombreux exemples en ce sens (p. 414 et 527).

Mais Pothier, préoccupé des règles civiles, alors si rigides en cette matière, n'accordait l'intérêt que du jour de la demande (n° 51).

Lors du nouveau Code, lorsque son attention fut attirée sur ce point, le législateur s'est tu également. Nos

auteurs ont voulu suppléer à la loi, se divisant selon leur usage.

Les uns, sans plus réfléchir, se sont rangés à l'ancien avis de Pothier (Delvincourt, t. II, p. 313).

D'autres l'ont seulement modifié, soit en faisant une réserve pour la convention, soit en se contentant d'un protêt ou d'une sommation simple (Pardessus, t. III, p. 519, Bédarride nos 912 et 913, Marseille 16 mai 1832, *J. M.* 13, 1, 177) (69).

D'autres enfin ont, au contraire, adopté purement et simplement la doctrine d'Emérigon (Locré, sur l'art.

---

(69) A l'exception de l'opinion de Pardessus, qui, étant donné le premier système, a sa raison d'être, il saute aux yeux que ce moyen terme n'a pas de base dans la loi. M. Cresp l'a très-bien démontré, dans une note au sujet du jugement de 1832 : « Mauvaise décision, dit-il. On la concevrait si le billet de grosse eût été *à ordre*. Alors ce tiers porteur eût dû à l'échéance demander paiement et faire protester, pour exercer son recours contre ses endosseurs. Mais ici rien de pareil : le billet n'était pas à ordre, et c'était le prêteur lui-même qui, à l'échéance, en était porteur. N'ayant point de recours à exercer, il n'avait point de protêt à faire contre son débiteur direct. Le jugement objecte, il est vrai, qu'il faut bien que le porteur se présente, et justifie s'être présenté, pour donner cours à l'intérêt de terre. Mais il n'en serait ainsi que tout autant que l'intérêt de terre ne courrait pas de plein droit. D'ailleurs il n'est pas toujours aisé de se présenter au lieu du paiement, souvent éloigné, juste au moment de l'exigibilité ; mille accidents peuvent l'empêcher. Le débiteur a un moyen facile de se soustraire à l'intérêt, c'est de consigner. »

328, Boulay-Paty t. III p. 80, *et sur Emérigon* p. 441 ; Dalloz, nos 1378 et 1379 ; *adde* Caumont *loc. cit.* n° 51 § 4).

A quel avis doit-on s'arrêter ?

Si, pour règle, il fallait prendre ici le droit commun, c'est-à-dire le pur droit civil, Pardessus et consorts pourraient avoir raison (art. 1153 Cod. civ.).

Mais il y a aussi un droit commun commercial et surtout maritime, qui subsiste de toute ancienneté, et qu'on ne peut, sans tout bouleverser, supposer avoir été abrogé par la loi civile.

Cette loi elle-même a eu soin souvent d'excepter de ses dispositions les matières commerciales ; et notamment pour les intérêts résultant du retard dans l'exécution, elle a dit : *sauf les règles particulières au commerce.*

Or telle était l'ancienne et constante jurisprudence attestée par Emérigon, et je ne vois pas que la nouvelle ait adopté d'autres maximes pour l'intérêt du capital prêté à la grosse (70).

Il faut donc admettre encore aujourd'hui qu'à compter de la fin du risque, les intérêts de terre du capital sont dus *ipso jure* (à 6 0[0, taux légal du commerce), sans qu'il soit besoin de demande, ni de convention à cet égard.

---

(70) Un arrêt de Rennes, du 7 mars 1820, le seul qui, avec le jugement de Marseille précité, soit intervenu sur la question, a au contraire continué cette ancienne jurisprudence, et adopté l'avis d'Emérigon (Dalloz, *loc. cit.*).

Maintenant qu'en sera-t-il du change ou profit maritime ?

Ce change est-il susceptible de produire des intérêts ? S'il en produit, est-ce *ipso jure* ou seulement par demande judiciaire ?

Pothier, toujours dominé par les idées de son temps, déclarait le change non susceptible d'intérêts, et cela d'une manière absolue. *Ce profit*, disait-il, *étant un accessoire et une espèce d'intérêt de la somme prêtée*, NAUTICA USURA, NAUTICUM FŒNUS, *on ne peut pas en demander d'intérêts* ; *ce serait un* ANATOCISME *que les lois défendent*, ACCESSIO ACCESSIONIS NON EST (n° 51).

Emérigon (*loc, cit.*) après avoir rapporté cet avis, objecte que néanmoins notre jurisprudence est de faire produire au change un intérêt de terre, non-seulement depuis la demande, mais depuis la simple demeure, c'est-à-dire *ipso jure*, comme il en a cité des exemples. Il dit même que *la chose n'est plus disputée*, mais il ajoute qu'il *ne sait si elle n'est pas disputable*.

En droit il accorde à Pothier que le change n'est qu'un simple accessoire ; en considération, il dit qu'on écrase ainsi un pauvre emprunteur.

En résultat son opinion, assez hésitante, paraît être que, quant au change, il serait trop rigoureux d'en faire courir l'intérêt de plein droit, sans demande préalable.

Sur ce point le Code de commerce a encore eu le tort de ne rien dire, et les auteurs ont encore eu celui de se diviser.

Certains ont répété tout simplement l'ancien avis de

Pothier qui déclarait le change non susceptible d'intérêts, qui le leur refusait absolument, malgré la convention des parties, malgré la demande judiciaire (en ce sens, Pardessus, *Eléments de jurisprudence commerciale*, cité par Boulay-Paty p. 91, Delvincourt t. II p. 313, Marseille 16 mai 1832 précité).

Mais certains auteurs, sentant bien que les maximes avaient marché avec le temps, se sont rangés à une opinion mitigée et plus conciliante. Ils ont admis que le change pouvait produire un intérêt, non pas par lui seul, *ipso jure*, mais seulement s'il y en avait convention dans l'acte, ou si la demande en était faite en justice (Locré, Boulay-Paty, *loc. cit.*, Caumont, *ibid.* n° 5) (71).

Sur quoi donc se sont-ils fondés ? sur un motif qui, s'il n'était rectifié, pourrait compromettre leur solution.

Ils ont dit : le change n'est pas l'intérêt de la somme prêtée, comme on l'a prétendu ; c'est la prime ou indemnité d'un contrat aléatoire, c'est le prix du péril mis à la charge du prêteur.

C'est, pour tout dire, un *principal*, comme l'argent prêté lui-même ; donc, comme tout principal, il est suscepible d'intérêt.

Que penser de cela ?

S'il était vrai que le change fut aussi un principal, il

---

(71) M. Bédarride (n° 914) adopte, pour le change maritime la même solution intermédiaire, injustifiée selon nous, à laquelle il s'était rallié déjà pour le capital prêté.

faudrait, tout comme pour le principal prêté, allouer les intérêts *ipso jure*.

Le motif est d'ailleurs erroné ou au moins forcé. Car il faut reconnaître que le change se forme de divers éléments réunis : outre le prix du péril, il embrasse et comprend l'*intérêt de la somme prêtée*, c'est-à-dire l'indemnité de la privation qu'en éprouve le prêteur ; et sous ce rapport, réduit à cet élément, il ne serait vraiment qu'un accessoire.

Mais, d'un autre côté, il faut dire que l'opinion de Pothier n'est plus admissible ; elle tenait à d'anciennes idées sur le prêt, à l'ancienne défaveur qui s'attachait généralement aux intérêts de l'argent.

Elle est aujourd'hui repoussée et par la nature des choses, et par les nouveaux principes admis en matière d'intérêt.

Par la nature des choses : bien que le change comprenne accessoirement un intérêt, il est surtout et essentiellement le prix du risque ; il s'en faut bien qu'il ne soit que cet intérêt que comporte un prêt ordinaire, pur et simple.

Par les nouveaux principes sur la matière : le Code civil porte en effet (art. 1154) que *les intérêts échus forment capital, portent intérêt du jour de la demande judiciaire* (72).

---

(72) Il est vrai que cela se trouve restreint par la disposition aux intérêts dus au moins pour une année.

L'intérêt des intérêts, ce qu'autrefois on proscrivait sous le nom d'*anatocisme*, est donc désormais chose permise et légale.

Et il y a ainsi un double motif pour que nous admettions enfin que, si le change ne produit pas intérêt *ipso jure*, il doit en produire, à compter de la fin du risque, s'il y a stipulation à cet égard, et, à défaut de convention, à compter de la demande judiciaire qui en est formée.

§ III.

Comment, à qui, dans quel temps et dans quel lieu le paiement doit-il être fait?

Comment? Le paiement du principal et du change doit être fait argent comptant (Emérigon p. 556). Le preneur serait non recevable à offrir des marchandises (Emérigon *ibid.*, Pardessus p. 518, Boulay-Paty, p. 65) ou du papier, à moins que, comme aujourd'hui, ce papier n'eût cours forcé.

Il doit être fait en la monnaie qui avait cours dans le temps et dans le lieu de la stipulation.

Si l'emprunt a été fait en pays étranger ou dans des possessions françaises, dont le système monétaire différerait du nôtre, et qu'il fût remboursable en France, la

réduction ou conversion en serait faite suivant le cours du change du lieu et du jour de la stipulation (73).

A qui ? Chez les Romains, le paiement se faisait à l'esclave facteur, envoyé tout exprès sur les lieux où finissait le risque (Emérigon p. 557). C'était l'enfance du contrat, non en lui-même (car il datait déjà de loin) mais quant à ces moyens d'exécution.

Parmi nous, le paiement doit naturellement se faire au porteur, s'il est sur les lieux, ou au procureur fondé qui l'y remplace.

S'il est *à ordre*, au porteur par endossement, et si enfin il pouvait être simplement *au porteur*, à tout individu qui serait détenteur du titre.

Dans quel temps ? — En règle, nous l'avons dit, le paiement devrait s'effectuer dès que la condition se trouve remplie, dès que le risque finissant amène l'exigibilité.

Mais en fait il y a convenance de laisser au preneur le temps de faire des fonds, de réaliser son fret ou ses marchandises.

De là un certain délai accordé par la loi ou la coutume de divers pays (en Suède 20 jours, en Allemagne 8 jours etc.).

---

(73) On peut compléter ces explications par celles que nous avons nous-même précédemment fournies, p. 170 et sq.; voy. à ce sujet une espèce curieuse relatée dans un jugement de Marseille du 1er octobre 1856 (*J. M.* 34, 1, 274).

Parmi nous, point de délai pareil, légal ou obligatoire ; mais dans le contrat même il est bien rare et même inouï qu'on manque d'en stipuler un, qui est ordinairement de quinze jours ou un mois (Émérigon, *eod. loc.*) ; ce n'est qu'ensuite que l'intérêt de terre prend cours (74).

Si même aucun délai n'avait été stipulé, le preneur, nous l'avons dit encore, pourrait demander et obtenir du juge un délai équitable, réglé sur les circonstances, à moins pourtant que le billet de grosse ne fut payable à ordre, car alors il en serait de ce billet comme de tous les effets à ordre, pour lesquels aucun délai de grâce ne peut être accordé à un débiteur.

---

(74) Il s'est présenté sous ce rapport une *espèce* intéressante et curieuse : un prêt avait été fait à tant pour cent pour trois mois obligés, et trois mois au prorata. Quel était le sens d'une pareille clause? Le prêt devait-il être exigible après les trois mois obligés, ou seulement après les 4me, 5me et 6me mois, que les risques finissent ou non plus tôt? Il a été décidé que c'était seulement aprés les six mois, terme convenu entre les parties, c'est-à-dire qu'on a interprêté la convention en ce sens, que, si après les trois mois expirés, le risque continuait, le change serait d'une quotité proportionnelle, à raison du temps qui s'écoulerait. Mais, dans tous les cas l'exigibilité de la dette ne devait pas en être modifiée, et elle ne devait arriver, le risque continuant ou non, qu'après les six mois (Marseille 6 juillet 1832 (*J. M.* 13, 1, 228) ; cpr. Emérigon p. 527 et 528 (*Note de M. Cresp*).

Mais d'ailleurs, là-même où la faveur d'un délai pourrait être accordée par le juge, ce ne serait qu'à la condition de ne pas nuire au créancier ; c'est-à-dire que ce serait sans préjudice de l'intérêt de terre, qui courrait pour lui depuis la demande, ou même depuis l'exigibilité.

Dans quel lieu ? Le paiement doit être fait au lieu où le risque finit, c'est-à-dire dans le lieu où se trouve le navire, quand le risque finit, et cela quand même le navire n'y terminerait pas sa navigation, si d'ailleurs l'une des parties n'a pas désigné une autre lieu de paiement (Emérigon, *loc. cit.*, Boulay-Paty p. 73, Pardessus p. 519, Dalloz *loc. cit.*, Bédarride n° 916).

Mais il peut se faire que l'emprunteur ou son préposé, arrivé au lieu du payement, n'y trouve personne à qui payer, qu'il n'y trouve ni le prêteur ni personne pour lui.

A qui peut-il payer, si personne ne se présente et ne réclame paiement ? Il faudra donc qu'il subisse l'intérêt de terre, lui qui est prêt à se libérer incontinent !

Voici sa ressource : il peut, à son choix, ou faire le dépôt judiciaire de ses deniers, ou les conserver et les embarquer avec lui.

Dans l'un et l'autre cas, il est exonéré de l'intérêt de terre (mêmes auteurs) ; mais dans le deuxième, c'est-à-dire si, au lieu de déposer, il garde et embarque les fonds, ces fonds voyagent dès lors à ses propres risques.

Sans tout cela, l'emprunteur aurait encore un moyen

de se libérer envers son prêteur absent ; ce serait de tirer des lettres de change, payables à l'ordre de ce prêteur, et qu'il lui transmettrait.

Mais il y aurait ici à distinguer : si le prêteur avait autorisé à le rembourser ainsi, les lettres à lui transmises seraient pour son compte ; au moyen de leur délivrance, il serait bien et dûment remboursé.

Si, au contraire, il n'y avait pas d'autorisation pareille, les lettres fournies par l'emprunteur seraient pour son propre compte, à ses risques et périls, car le prêteur serait réputé avoir voulu son remboursement en argent effectif, et non en papier plus ou moins chanceux.

Ce point est du reste très-important et fertile en graves conséquences, car, sans entrer dans des détails qui nous mèneraient trop loin, il détermine la *compétence*, la juridiction pour l'exécution du contrat de grosse (art. 420 Cod. proc. 3e alin.).

Si le contrat est payable au lieu où le risque finit, et si le débiteur peut déposer, pour éviter l'intérêt de terre, le juge de ce lieu est compétent pour autoriser le dépôt, et puisque c'est le lieu du paiement, c'est le juge de ce lieu à qui le paiement peut être demandé par le créancier (Emérigon *ibid.*, Pardessus, t. v, p. 37, Boulay-Paty, p. 65, (75).

---

(75) *Adde* Caumont *op.* et *loc. cit.* n° 53, § 1, Aix 26 mars 1825, Marseille 6 mars 1872 ; cpr. aussi Aix 28 déc. 1837 (*J. M.* 6, 1, 60 ; 17, 1, 41 ; 1873, 1, 101).

Il y a plus ; c'est que le juge français peut par là être compétent pour connaître d'un contrat de grosse passé *à l'étranger entre deux étrangers.*

En général les contestations maritimes qui s'élèvent en France, même entre étrangers, sont bien du ressort du juge français, à deux conditions cependant.

Il faut :

1° Que ces étrangers appartiennent à des nations différentes ; s'ils appartenaient en effet à la même nation, ce serait le consul de leur pays qui serait compétent :

2° Que leur engagement, contracté à l'étranger, doive s'accomplir, être soldé en France (76).

Conformément à cette idée, si un emprunt à la grosse fait à l'étranger, entre deux étrangers de nations diverses, est payable en France, soit par la stipulation, soit par la fin du risque, le tribunal français du lieu peut et doit en connaître, à l'exclusion du consul de l'un ou l'autre contractant.

Cela a été plus d'une fois jugé.

La jurisprudence a été plus loin ; elle a mis à l'écart la condition de *nationalité différente* chez les contractants à la grosse, et pour déterminer la compétence française, elle s'est attachée uniquement au point de

---

(76) Ce point, après avoir été longtemps controversé, est aujourd'hui acquis ; voy. Dalloz *Jurisp. gén.* v° *Compétence commerciale* n° 517 et sq., et table de 22 années, v° *Etranger*, n°s 126 et sq., *J. M. Table gén.* v° *Compétence* n° 280, et *Table décennale eod. verb.* n°s 165 et sq.

savoir si c'est en France que, le risque fini, l'emprunt était remboursable, sans même que la convention étrangère eût expressément indiqué la France comme lieu de paiement.

En voici deux curieux exemples :

Dans une première espèce l'emprunt à la grosse avait été contracté à Gênes, entre un capitaine et un prêteur *sardes*, pour un voyage de Gênes au Brésil et à Buenos-Ayres, payable à six mois fixe et six mois de délai, *même hors de Gênes*.

Au lieu de ramener son navire à Gênes, le capitaine le conduit à Marseille.

En l'état de ces faits, le porteur du billet de grosse pratique une exécution sur le navire, et le capitaine oppose l'incompétence.

Dans une deuxième, l'emprunt est fait à Syra (Grèce) entre un capitaine grec et un prêteur de même nation, pour deux mois obligés et deux mois au prorata, et payable *là où l'obligation sera représentée au capitaine*.

Le capitaine vient à Marseille. Les mandataires du prêteur grec se font autoriser à saisir par le juge de Marseille, et l'incompétence est également opposée par le défendeur.

Il fut jugé cependant dans les deux cas qu'en contractant une pareille obligation, *le débiteur s'était implicitement soumis à la juridiction du pays où la re-*

présentation lui en serait faite après l'échéance (*J. M.* 11, 1, 89 et 13, 1, 229) (77).

A plus forte raison en serait-il ainsi, si le billet était *négociable*, et s'il était endossé à un porteur français qui en réclamât le paiement (art. 14 Cod. civ.).

Le débiteur serait en effet, en vertu des principes sur les effets négociables, censé avoir contracté avec ce porteur lui-même.

§ IV.

Quels sont les effets de la cession d'un contrat ou billet de grosse, notamment quant à la garantie que le cédant peut devoir au cessionnaire? Qu'en est-il spécialement, si l'acte cédé est à ordre?

Comme tout titre de créance, un contrat ou billet de grosse est parfaitement susceptible d'être cédé à un tiers par son propriétaire.

Le cessionnaire d'un pareil titre a, tout comme l'avait son cédant, le droit de se faire payer par l'emprunteur, non-seulement le capital, mais le profit maritime ; car par l'effet de la cession, les risques que courait le prê-

---

(77) On peut rapprocher de ces espèces et de ces décisions le jugement précité du 6 mars 1872; la compétence repose donc ici sur un accord tacite des parties; voy. cep. Marseille 20 nov. 1820 (*Ibid.* 2, 1, 206).

teur ont passé à sa charge, et il a droit au prix de ces risques.

Mais il n'a droit à l'un et à l'autre que sous la même condition qui grevait le prêteur, c'est-à-dire que les objets affectés au prêt seront heureusement arrivés à leur destination ou au terme du risque. Que si cette condition ne s'accomplit pas, il n'a rien à exiger de l'emprunteur, ni aucune garantie à exercer contre le prêteur, dont il a assumé les chances.

Mais supposons, au contraire, que la condition se soit accomplie. Qu'arrivera-t-il si le cessionnaire, usant du droit qui lui est acquis, demande paiement à l'emprunteur, et que celui-ci se trouve insolvable hors d'état de le payer ?

Quels seront alors ses droits contre son cédant? Quel recours, quelle garantie aura-t-il à exercer contre lui?

Distinguons entre les modes de cession que les parties ont employés.

S'il y a eu cession ordinaire, pure et simple, sans insertion dans le titre de la clause *à ordre*, permise par la loi, alors les règles du droit commun sur la garantie sont seules applicables.

Le cédant garantit bien l'existence de la créance cédée, mais non la solvabilité actuelle ou future, du débiteur, à moins qu'il ne s'y soit soumis par une stipulation expresse (Cod. civ. art. 1692 et sq.).

En règle donc, et sauf dérogation formelle, le cessionnaire non payé n'aura aucun recours contre le cédant.

Mais il en sera autrement si le billet de grosse est à ordre, et qu'il ait été cédé par endossement.

C'est ce qui résulte textuellement de l'art. 313 du Code de commerce qui porte que si le contrat ou billet de grosse est à ordre, *la négociation en produit les mêmes effets et les mêmes actions en garantie que celle des autres effets de commerce.*

Or, pour tout ce qui est appelé *effet de commerce,* lettre de change ou billet à ordre, le même Code a très-bien reconnu et établi ailleurs que le cédant-endosseur garantit de plein droit à son cessionnaire non-seulement que la créance existe, mais encore qu'elle sera payée effectivement (art. 118 Cod. com.).

Si d'ailleurs il pouvait y avoir sur ce point le moindre doute, il serait levé par le texte qui, dans le Code, suit immédiatement l'article 313; l'article 314 applique expressément au billet de grosse *à ordre* la garantie du paiement.

La seule difficulté était ici de savoir ce qu'embrasserait cette garantie de paiement déclarée en principe.

Devait-elle comprendre le capital prêté et le profit maritime? ou bien devait-elle être limitée au seul capital?

L'Ordonnance ne disait rien à ce sujet.

Emérigon (p. 525 et 526) décidait que la garantie devait avoir lieu pour le principal et non pour le change maritime.

Pourquoi? *Parce que l'endossement n'est pas un cautionnement du contrat.*

Il a été répondu victorieusement à cela par la Cour de Rennes (sur le projet de Code de commerce, Locré p. 344) : *Si l'endossement n'est pas un cautionnement il ne peut pas plus donner lieu à la garantie du principal, qu'à celle du profit maritime, qui n'en est que l'accessoire; et si l'endosseur est garant du principal, pourquoi ne le serait-il pas de l'accessoire qui en suit toujours le sort?*

La raison est péremptoire.

Néanmoins le Code (art. 314) a cru devoir décider que la garantie de paiement ne s'étendrait pas au profit maritime.

Pourquoi cette restriction dont le projet fut, dans le temps, combattu par de graves autorités?

Voici le nouveau motif qu'on a essayé d'en donner (Locré, *ibid.*) : *L'endosseur est, à la vérité, un garant, mais sa garantie ne doit pas s'étendre au-delà de ce qu'il a reçu. Il n'a reçu de son cessionnaire que le capital; il ne doit donc garantir que le capital, il serait injuste de l'obliger à garantir* 25 *à* 30 0/0 *de profit maritime qu'il n'a pas reçu.*

Mais à ce raisonnement captieux (trouvé très-juste cependant par Boulay-Paty sur Emérigon, par Dageville t. II p. 495, et enfin par Bédarride n° 867), voici celui que des jurisconsultes (Delvincourt t. II, p. 313) ont opposé : en négociant son billet à la grosse, avant le retour, le prêteur se décharge de tous les risques qui sont transférés à celui au profit duquel l'endossement est fait. Ainsi il est vrai de dire qu'il reçoit non-seule-

ment le capital qu'il a prêté, mais encore la décharge du risque, qu'il courait, de perdre ce capital. Il semble donc qu'il doit garantir le capital, parce qu'il est censé l'avoir reçu du porteur, et qu'il doit garantir le profit, parce que c'est le prix du risque dont il a été déchargé, et que le porteur a pris sur lui.

Cela n'admettait guère de réplique ; mais, comme on l'a dit, la loi est faite, il faut s'y tenir.

Et, au surplus, le remède est dans la loi même ; l'art. 314 réserve aux parties la faculté de stipuler le contraire, c'est-à-dire de comprendre dans la garantie le change convenu aussi bien que le capital.

Cette exception mise à part, la garantie se comporte ici comme en matière ordinaire.

Mais s'il en est ainsi, c'est sous la condition que le porteur du billet de grosse se conformera à toutes les obligations de tout porteur d'effets de commerce en général, c'est-à-dire :

1° Qu'il exigera le payement le jour de l'échéance (art. 161) ;

2° Qu'en cas de refus, il le constatera par un protêt le lendemain du jour de l'échéance (art. 162).

3° Qu'il notifiera cet acte et citera en justice ses garants dans les quinze jours qui suivront la date du protêt, augmenté des distances (art. 165).

Faute de quoi, il sera, par là-même, déchu de tous droits contre ses garants (art. 168).

Ce point est généralement admis (78).

On fait à cela, il est vrai, des objections :

On dit d'abord qu'en droit l'art. 313 n'impose au porteur ni protêt, ni délai, ni déchéance.

Mais on peut répondre qu'il accorde au porteur la même faveur, les mêmes droits et priviléges qu'en droit commun ; il le soumet par là-même aux mêmes obligations et formalités.

D'ailleurs l'article parle d'*actions en garantie* ; or si le porteur était dispensé de protêt, ce ne serait plus une garantie qu'il exercerait, mais une action principale et directe.

Mais on a fait une objection plus forte : la nature même des choses résiste, a-t-on dit, à cette application ; elle serait, sinon toujours, au moins la plupart du temps, impraticable.

On conçoit un paiement exigé à l'échance, et le protêt le lendemain, quand le risque finit par le retour du navire dans le lieu même de l'emprunt, où réside le prêteur.

Et encore que de difficultés ! Il faudra que ce prêteur soit toujours en observation, qu'il guette le navire à son retour, pour protester dans les vingt-quatre heures ; il ne pourra s'absenter un seul jour !

---

(78) Voy. Pardessus p. 495, Boulay-Paty p. 99 à 100, Delvincourt t. II p. 318 note 10, Dageville t. II p. 493 ; Delaporte t. II p. 86, Bédarride n° 871, Caumont, v° cit. n°s 12 et 13, Marseille 19 avril 1820 (*J. M.* 1, 1, 138).

Que sera-ce quand le risque finira ailleurs qu'au lieu de l'emprunt, et que le prêteur sera éloigné ? Comment dans son éloignement et son ignorance, pourra-t-il protester en temps utile ?

Enfin le risque pourra finir en cours de voyage, avant le terme ou hors du lieu convenu, par le fait de l'emprunteur, s'il y a changement de destination, de route, ou de navire. Comment le prêteur saura-t-il, pour protester à temps, l'événement qui aurait anticipé la fin du risque ?

Voici la réponse que l'on a faite à ceci ; on a distingué :

Si le prêt est fait pour un temps déterminé (tant de mois, de jours) ou remboursable à telle époque fixe, rien ne s'oppose à ce que le porteur exige le paiement le jour indiqué, ou proteste le lendemain et exerce son recours dans les délais.

Si l'époque du remboursement est indéterminée, comme pour le prêt fait *au voyage* ou *jusqu'à telle hauteur*, alors le prêteur ne pouvant connaître l'événement à l'instant même qu'il a lieu, ne peut être tenu d'agir et protester que *dès qu'il en est instruit*. C'est alors la nature des choses, qui modifie ainsi les règles sur le protêt, la poursuite, etc. ; les tribunaux apprécieront, par les circonstances, les exceptions de déchéance qu'on opposerait.

L'application de cette doctrine a été faite par le tribunal de commerce de Marseille (19 avril 1820) à une

espèce singulière, où la fin du risque et l'exigibilité avaient été anticipées par le débiteur.

Un billet de grosse avait été souscrit à Marseille par un capitaine, à l'ordre d'un prêteur, pour un voyage de Marseille à Saint-Thomas et retour, payable quinze jours après l'heureuse arrivée à Marseille.

Ce billet fut successivement endossé à divers.

Arrivé à Saint-Thomas, le navire, au lieu de retourner à Marseille, fait voile pour Amsterdam.

Il y avait là un déroutement, qui, anticipant la fin du risque, rendait dès-lors le billet exigible.

Le dernier porteur, quand ce fait vint à sa connaissance, cite au tribunal de Marseille, le capitaine souscripteur et les endosseurs, en paiement du billet devenu exigible par l'interruption du voyage.

Les endosseurs, attaqués comme garants, lui opposent qu'il est non-recevable, attendu que sa demande n'a pas été précédée d'un protêt fait en temps utile.

Il répond qu'en général ce n'est pas nécessaire pour un billet de grosse ; en particulier il dit : comment aurai-je pu protester dans les vingt-quatre heures de l'événement qui a anticipé l'échéance, puisque je n'ai pu connaître à temps cet événement ?

On lui répond : d'accord, nous ne voulons pas l'impossible. Ce n'est pas le lendemain du jour de l'événement, mais bien le lendemain du jour que vous en avez eu connaissance. Vous nous l'avez notifié tel jour ; eh bien ! c'est à ce jour que vous-même avez fixé l'éché-

ance ; dans les vingt-quatre heures vous deviez protester.

Et cela fut ainsi jugé par le tribunal.

Mais peut-être y a-t-il là quelque chose qui, pour tourner la difficulté, ajoute ou supplée à la loi, et tombe dans l'arbitraire (79).

§ V.

Action réelle du prêteur. — Son privilége sur les objets affectés au prêt.

Dès son origine la plus reculée, le prêt maritime a conféré au prêteur, pour sûreté de sa créance, outre l'action personnelle contre son emprunteur, un droit réel, gage, hypothèque ou privilége, de quelque nom qu'on l'appelât.

D'après la loi romaine, puisée aux sources grecques, celui qui prêtait son argent pour acheter, construire,

---

(79) Nous croyons en effet que cette solution n'est pas sans inconvénients ; la combinaison des règles de la lettre de change et du prêt à la grosse nous paraît néanmoins l'imposer forcément, Il n'est pas rare du reste qu'en matière de lettre de change la même question se présente, et qu'il faille tenir compte des accidents de force majeure qui ont empêché de faire protêt en temps utile. En pareil cas, la jurisprudence a toujours relevé le porteur de la déchéance.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

il faut, en règle, que les fonds prêtés aient eu pour destination, et que le contrat ait pour cause, soit l'achat, construction ou armement du navire, soit l'achat ou expédition des marchandises.

Sans cela, on ne peut dire que le prêt ait été fait à la chose, autant et plus qu'en la personne, et tel est pourtant le fondement du privilége accordé au prêteur : cette faveur n'est due qu'à l'emploi de ses fonds à la chose même (82).

Qu'en serait-il maintenant des emprunts qu'on ferait hors du lieu d'armement et de départ, des emprunts faits par un capitaine en cours de voyage ? Quelles sont les conditions exigées pour le privilége ?

1° Il faut qu'ils aient pour cause les nécessités du navire, les besoins pressants de la navigation (*radoub ou victuailles*, art. 234).

2° Il faut non-seulement que cette cause existe, mais encore qu'elle soit exprimée au contrat.

Il faut, disons-nous d'abord, que le prêt ait pour cause les nécessités, les besoins du navire.

Est-ce à dire pourtant que, si les besoins n'étaient

---

(82) Ceci, pour le même motif, n'est plus qu'à moitié vrai encore, et ne peut recevoir d'application qu'en ce qui concerne le prêt sur facultés. Quant au prêt fait sur corps de navire, nous avons déjà vu et maintes fois répété que ce prêt, lorsqu'il a lieu avant le voyage, ne confère plus de privilége (art. 27 de la loi de 1874, voy. t. I, p. 217 et 218).

pas réels, s'ils n'étaient que supposés, le contrat de grosse fût, par là-même et de plein droit, sans effet et sans privilége pour le prêteur?

La loi romaine penchait pour cette rigueur, sans distinguer entre le prêteur de bonne ou de mauvaise foi ; elle semblait le soumettre à s'assurer par lui-même de la réalité des besoins : *Si illud quoque sciverit necessariam refectioni pecuniam esse* (loi 7 *de exercit. act.* Emérigon p. 434).

Tout au moins, d'après le même texte, il fallait qu'en livrant son argent, le prêteur y eût apporté quelque diligence, une diligence commune, *aliquam diligentiam* (Emérigon, *eod. loc.*).

Si sa négligence était grossière, peu importait qu'il eût cru à la réalité des besoins, sa négligence était assimilée au dol.

Parmi nous on n'a nullement imposé comme devoir absolu au prêteur qu'il s'assurât de la réalité des besoins. On a dit : la présomption pour lui est que le capitaine est honnête, et non qu'il est infidèle et trompeur.

D'ailleurs, pour vérifier les besoins qu'il allègue, il faudrait s'y connaître, être, pour ainsi dire, du métier, avoir des notions spéciales, etc.

En conséquence il n'y a lieu d'exiger qu'une chose, c'est que le tiers ait prêté son argent de bonne foi, qu'il n'y ait ni preuve, ni présomption suffisante de collusion entre le capitaine et lui. C'est aussi l'avis de Valin,

sur l'art. 19, tit. I, liv. II de l'Ordonnance, t. I, page 442 (83).

A ce point se rattachent des questions qu'on a agitées ou qui s'agitent encore.

Si l'armateur a fait défense au capitaine d'emprunter, le prêteur aura-t-il, même en ce cas, action et privilége ?

Non, répondait la loi romaine ; mais Emerigon n'admet cette réponse qu'en y ajoutant : *si le prêteur a été instruit de la défense*, car, s'il l'ignorait, il a suivi la foi publique, qui attribue à la qualité de maître ou capitaine le pouvoir d'emprunter (p. 435) (84).

Si l'argent a été prêté au capitaine, dans un lieu où l'emploi ne pouvait en être fait, faute de matériaux ou d'ouvriers nécessaires, la solution n'en sera-t-elle point modifiée ?

Oui, selon la loi romaine ; non, au contraire, d'après Emérigon (*eod. loc.*) ; car si l'emploi ne peut se faire sur le lieu-même, il peut être fait dans un autre où les moyens ne manqueront pas, et cela suffit à la bonne foi du prêteur, à moins qu'on ne pût d'ailleurs le convaincre de fraude et de collusion.

---

(83) Et de la doctrine ainsi que de la jurisprudence modernes; voy. entre autres Bédarride t. I, n° 86, Aix 8 déc. 1820 et Marseille 13 déc. 1842 (*J. M.* 2, 1, 59 et 22, 1, 24).

(84) *Sic* aussi Bédarride, n°s 443 et 444; cpr. une question et une décision analogues, prés. vol. p. 27 et 28.

Enfin après l'emprunt, les deniers comptés, le prêteur est-il responsable de leur emploi effectif? Perdra-t-il son droit, si le capitaine dissipe ces fonds, les applique à chose étrangère ou les détourne à son profit?

Non, et en ceci la loi romaine elle-même est d'accord avec notre doctrine.

Les fonds une foi livrés, le prêteur n'est pas tenu de les suivre, ni d'en prouver l'utile emploi ; il a dû s'en remettre à la probité du capitaine, naturellement présumable ; d'ailleurs, pour contrôler l'opération, il eût manqué des connaissances nécessaires (85).

Ces points rapidement fixés, rappelons qu'il ne suffit pas que l'emprunt fait par un capitaine ait une cause juste ou réputée telle à l'égard des tiers, pour que ces tiers-porteurs aient droit au privilége.

Il faut de plus, ai-je dit, que la cause de l'emprunt soit exprimée au contrat. Non pas que, par là, j'aie entendu dire qu'il faille absolument que l'acte spécifie que c'est pour tel besoin, pour tel emploi déterminé ; cela me mettrait en contradiction avec des jurisconsultes tels que Valin, Pothier, etc.

Il suffit, suivant eux, et on peut l'admettre après eux, que le prêt soit fait au capitaine sur corps du navire,

---

(85) Emérigon *ibid.*, Valin sur l'art. 7 du tit. v liv. III, Pothier n° 52, Pardessus p. 489 et 520, Bédarride n° 86 ; Aix 15 mars 1838, Bordeaux 29 mai 1855, Dunkerque 7 déc. 1864 (*J. M.* 17, 1, 118; 34, 2, 27 ; 1864, 2, 118).

pour qu'il y ait présomption d'emploi à ces besoins, et par conséquent privilége.

Voyons maintenant, d'une manière plus générale et plus précise, ce qu'affecte et embrasse soit légalement, soit conventionnellement, le privilége du prêteur à la grosse, que son prêt ait lieu avant le départ ou pendant le voyage, qu'il soit fait sur navire ou sur marchandise.

1° Si le prêt est fait sur le navire (sur corps et quille, comme dit la pratique), le privilége embrasse le navire et tous ses accessoires, agrès, armement, victuailles.

Non que l'on ne pût séparément emprunter sur le corps proprement dit, et sur les agrès, armes et victuailles.

Et alors chacun des prêteurs aurait son privilége à part, sur l'objet qui lui serait divisément affecté.

Mais ce mode d'emprunt, rappelé et autorisé par l'art. 315 du Code de commerce, n'était presque plus en usage dès le temps de Valin et d'Emérigon, et, aujourd'hui plus que jamais, on peut dire, comme ils le faisaient déjà, qu'il suffit de prêter sur corps, pour avoir privilége sur tous ces accessoires.

C'est ce que décide d'ailleurs notre article 320, y ajoutant même, comme accessoire, le fret acquis par le navire (86).

---

(86) Ceci ne contredit nullement la prohibition portée en l'art. 318, et relative au prêt à la grosse sur le fret *à faire*, d'abord parce qu'il s'agit ici de fret acquis, et non de fret à fai-

Si donc les deniers ont été fournis à un capitaine, avec affectation sur corps, sans aucune distinction ou limitation, le privilége compétera au prêteur sur la totalité du navire, accessoires et fret acquis.

Et peu importe que le navire ait plusieurs propriétaires, le capitaine, mandataire de tous, a agi pour le compte et au nom de tous.

Si pourtant il empruntait dans un lieu où ces propriétaires résideraient ou seraient représentés, sans qu'il y eût de leur part consentement ou concours, nous avons vu l'art. 321, par une exception qui semble peu logique, enlever au prêteur, même de bonne foi, son ac-

---

re, et en second lieu parce que le fret n'est affecté qu'accessoirement à la garantie du contrat à la grosse, comme une sorte d'annexe ou dépendance du navire (cpr. art. 216, 271 et 280 Cod. com.). Il en est tellement ainsi, que toutes les questions agitées précédemment au sujet du privilége dont les gens de mer jouissent pour leurs loyers (voy. t. I, p. 99 et 100) se représentent ici, et doivent recevoir la même solution. C'est ainsi notamment qu'au cas où le fret aurait été payé d'avance, en vertu d'accords intervenus entre le capitaine et le chargeur, le prêteur aurait le droit de ne tenir aucun compte de ce fait, et de se faire attribuer le fret ou le nolis comme si de rien n'était. Un arrêt très-important de la Cour de cassation l'a décidé ainsi, même pour le fret dû par le sous-affréteur. Cass. 1er août 1870 (*D. P.* 1871, 1, 132, *J. M.* 1871, 2, 150), *sic* aussi Bédarride n° 918.

Le paiement ne deviendrait opposable au prêteur, que tout autant qu'il aurait été fait dans les conditions ordinaires, c'est-

tion réelle, ou du moins la réduire à s'exercer sur la portion qu'aurait le capitaine au navire et au fret.

2° Venons au prêt sur facultés : sur *facultés*, expression générique employée par opposition à celle sur corps ; c'est-à-dire qu'il s'agit ici d'un prêt fait, non plus sur le navire et ses accessoires, mais sur le chargement de ce navire, sur tous effets ou marchandises qu'il transporte ou devra transporter.

Ce n'est pas que le privilége doive être concédé et acquis sur tous les objets indistinctement qui sont et seront chargés et transportés ; car il est évident qu'en principe on ne peut affecter par privilége que ce dont on est propriétaire, à moins qu'on n'ait procuration ou qualité pour grever ainsi la chose d'autrui.

à-dire à l'arrivée et lors de la livraison de la marchandise. *L'affréteur*, dit très-justement M. Bédarride (*loc. cit.*) *n'est tenu envers le prêteur à la grosse qu'à raison du fret dont il est détenteur, et qui peut être saisi-arrêté en ses mains, tant qu'il n'en est pas légalement sorti. Or cette saisie-arrêt, il n'a ni à la prévoir ni à la provoquer, ni même à l'attendre. Dès que l'exécution entière du contrat d'affrétement a rendu le fret exigible, le paiement qu'il en fait aux mains de l'armateur le libère définitivement envers et contre tous.*

L'emprunteur pourrait-t-il, par une clause expresse, soustraire le fret acquis à l'action du prêteur ? C'est là encore une question très-discutée ; mais comme cette question se reproduit à peu près dans les mêmes termes pour le contrat d'assurance, nous préférons renvoyer *dict. loc.* nos explications sur ce point.

Que faut-il donc régulièrement entendre, par l'affectation des facultés à un prêt à la grosse ?

Cela s'entend de tout ce qui est à bord du navire. Si l'emprunteur est propriétaire de l'entier chargement, alors le privilége porte sur tout. Peu importe que le montant du prêt soit, même de beaucoup, inférieur à la valeur de l'entier chargement, ce chargement n'en est pas moins tout entier affecté.

Si le preneur n'est propriétaire que de partie du chargement, le privilége n'atteint que cette partie ; mais il l'atteint tout entière, à moins que le contrat ne désigne comme affecté que tel ou tel genre de marchandises, appartenant à l'emprunteur ; car alors qu'importerait que d'autres marchandises lui appartinssent à bord, elles resteraient en dehors de l'affectation.

De même si j'emprunte sur telle quotité de mon chargement, ou de ma portion au chargement, la demie, le quart ou autre proportion, cette seule quotité serait soumise au privilége, le surplus en serait affranchi.

L'art. 320 vise toutes ces conventions, mais, sauf ces restrictions exprimées au contrat, en règle c'est tout ce qui à bord peut appartenir à l'emprunteur, qui est affecté par lui sous le mot de facultés.

Le privilége du prêt sur facultés n'affecte pas seulement les marchandises appartenant au preneur et déjà chargées par lui au moment où le prêt s'effectue ; il affecte aussi celles qu'il chargera postérieurement, et qui même alors ne sont pas encore achetées ; car le prêt

peut être fait précisément pour en faire l'acquisition (Emérigon p. 476, Pardessus, p. 500).

Ce privilége n'affecte pas seulement les marchandises chargées dans le navire lors du départ, mais encore celles qui, pendant le cours du voyage, y sont chargées pour le compte du preneur, dans tel ou tel lieu de relâche ou d'échelle (Emérigon, *ibid.*).

Dans ce cas le gage s'accroît, et cet accroissement profite au prêteur.

Mais remarquez que le gage peut aussi décroître.

Un principe que nous verrons mieux, c'est que le preneur n'est tenu de mettre ou garder des effets en risque, que jusqu'à concurrence de la somme reçue en prêt (art. 329).

Il peut donc, en cours de voyage, mettre à terre le surcroît de gage qu'il aurait chargé, soit au lieu de départ, soit depuis.

Et le donneur ne peut se plaindre de ce qu'on restreint son privilége, l'accroissement étant volontaire et par conséquent révocable (Emérigon, *ibid.*).

Mais le risque des effets ainsi déchargés ne concernera plus le prêteur ; il n'est tenu qu'à l'égard des marchandises qui, lors de l'accident éprouvé en mer, se trouvaient dans le navire.

Bien plus, le privilége du prêteur peut être complétement déplacé et transporté sur de nouvelles marchandises, en représentation de celles qui lui étaient d'abord affectées.

C'est le cas assez fréquent où il s'agit d'un prêt d'*entrée et de sortie*, c'est-à-dire fait à la fois pour l'aller et le retour du même navire.

Après le déchargement et la vente des marchandises d'entrée au lieu de destination. le privilége passe sur les marchandises de sortie, chargées en retour pour le compte du preneur.

Ces marchandises de retour, appelées *retraits*, remplacent et représentent les marchandises d'entrée, gage primitif du preneur (Pothier n° 84, Emérigon *ibid.* Boulay-Paty p. 111).

Il va sans dire que si le prêt n'était fait que pour le voyage d'aller, il n'y aurait nulle affectation des marchandises achetées au lieu de destination, ni de celles qui seraient achetées pendant le retour.

3° Enfin n'omettons pas une troisième espèce de prêt qui participe des deux autres et les réunit : c'est le prêt *sur corps et facultés* à la fois, conjointement.

Le prêteur a alors une action, un privilége solidaire, indivisible, sur le corps et sur les facultés. Ils forment pour lui une seule masse ; l'intérêt que le preneur avait au navire et aux marchandises n'a formé qu'un seul capital, objet et gage de l'emprunt. Le donneur peut se payer sur l'un ou sur l'autre, ou sur les deux ensemble.

Si le navire périt et que les marchandises soient sauvées, ces dernières restent affectées à la totalité du prêt ; dans les cas inverse, il en est de même récipro-

quement. (Emérigon p. 477, Boulay-Paty p. 116, Pardessus p. 520).

Ce genre de prêt conjoint a donné lieu, dans son application et sur le sens de l'acte qui le contient, à des difficultés que les docteurs ont jugé utile d'aplanir.

Par exemple s'il était dit dans l'acte qu'on prête,soit sur corps, soit sur facultés de tel navire, serait-ce une obligation alternative, de manière que le preneur pût à son choix et selon les occurences, rejeter le risque et le privilége du prêteur, ou sur les facultés, ou sur le navire ?

Non, une telle interprétation donnerait lieu à bien des fraudes.

Pour les déjouer, la stipulation devrait s'entendre de tout ce qui appartiendrait au preneur dans l'un ou l'autre objet, ou dans les deux à la fois (Boulay-Paty, p. 116 (87).

---

(87) Il n'y a pas ici, à proprement parler, d'obligation alternative, mais simplement un double gage donné, pour plus de sûreté, au créancier. La seule nuance qui existe entre ce cas et le précédent, consiste en ce que, lorsque le prêt est fait à la fois sur corps et sur facultés, il est à présumer que ce double gage est nécessaire pour couvrir la somme empruntée, tandis qu'ici l'un des deux termes serait suffisant, en principe, et ce n'est que pour plus de garantie, et à l'effet de diminuer le risque, qu'on y ajoute le second. Mais cela indique bien que le choix doit appartenir au créancier, à la différence de ce qui se passe en matière d'obligation alternative (art. 1190 Cod. civ.).

Mais s'il était dit qu'on prête sur tel navire, sans rien spécifier de plus, que décider ?

Faudra-t-il annuler le prêt, comme ne contenant pas désignation suffisante, faute des mots *corps ou facultés* ?

Faudra-t-il entendre par la seule désignation du navire, le corps de ce navire, à l'exclusion des facultés ?

Ou bien enfin faudra-t-il l'entendre de l'intérêt qu'aurait le preneur, soit au corps, soit à la cargaison, soit à tous les deux ensemble ?

C'est cette dernière interprétation qu'ont préférée la doctrine et la jurisprudence (voy. Emérigon p. 478, et autorités citées par lui) (88).

Laissons cela et venons à ce qui nous importe le plus :

Comment s'éteignent, se modifient, ou se restrei-

---

(88) M. Cresp n'a visé dans toutes ces explications, que l'hypothèse (qui est la plus normale du reste) où le prêt sur corps et sur facultés est passé avec le propriétaire même de ces deux objets, ou soit son représentant légal. Mais il pourra arriver qu'il n'en soit pas ainsi ; il pourra se faire, en d'autres termes, ainsi que nous l'avons vu, que le capitaine emprunte pour les besoins du navire, sur ce navire lui-même et *sur facultés*. Or ceci présente quelques singularités. Il est évident tout d'abord que le capitaine n'ayant pas agi dans l'intérêt des chargeurs, n'aura pas pu les obliger, et que le prêteur n'aura à leur encontre que l'action réelle sur les marchandises affectées à la garantie du prêt, et nullement l'action personnelle, qui n'aurait ici aucune raison d'être. Ce sera le cas d'un gage donné pour

gnent les actions, tant personnelles que réelles, du donneur à la grosse.

A cela on répond : elles s'éteignent, s'il y a perte entière, effective des objets affectés.

Elles se modifient et se restreignent si, sans perte absolue, les objets affectés éprouvent ce qu'on appelle *un sinistre majeur.*

Mais ces réponses ne peuvent être encore qu'une énigme, tant qu'elles n'auront pas reçu leur explication.

Pour bien comprendre comment s'éteignent en entier, ou seulement se réduisent ou modifient les actions, tant personnelle que réelle, d'un donneur à la grosse, il faut avoir acquis certaines notions essentielles, fondamentales, en matière de droit maritime.

Ces notions, qui nous manquent encore, se rapportent aux accidents si nombreux et si divers dont les choses exposées en mer (navires ou marchandises) peuvent éprouver un dommage quelconque.

On comprend tous ces accidents et tous ces domma-

---

sûreté de la dette d'un tiers. De plus, en ce qui concerne l'action réelle elle-même, il faut décider que cette action sera éteinte, conformément au droit commun, par la livraison de la marchandise, de telle sorte que la garantie, relativement à cette seconde partie du gage, aura par cela même complétement disparu. En ce sens Aix 23 févr. 1835, Cass. 8 janv. 1866, Caen 15 janv. 1867 (*J. M.* 16, 1, 283; 1866, 2, 115; 1867, 2, 143, *D. P.* 1866, 1, 55).

ges quels qu'ils soient, sous le nom générique de *sinistres*.

Mais, selon leur nature et leur degré d'importance, on les divise en deux classes ou catégories, les *sinistres majeurs*, et les sinistres moins graves ou censés l'être moins, qu'on désigne par le nom d'*avaries*.

Les premiers sont les accidents de mer, dont la gravité est telle que, lorsqu'ils se vérifient, ils ont communément pour effet la perte entière ou presque entière de la chose qui en est frappée.

Et lors même qu'ils n'ont pas en réalité cette extrême conséquence, il suffit que, par eux-mêmes, ils soient susceptibles de la produire, et que d'ailleurs ils infligent au propriétaire la privation plus ou moins complète, plus ou moins onéreuse de sa chose, pour qu'ils soient légalement réputés sinistres majeurs, et qu'ils influent comme tels, sur le sort des contrats maritimes, sur les obligations et actions qui en dérivent.

Quant à l'autre classe de sinistres, appelés *avaries*, et qui n'ont ni la même gravité ni la même influence, laissons-la pour le moment à l'écart ; nous y reviendrons quand il en sera temps.

Comment distinguer, parmi les accidents ou fortunes de mer, ce qui est ou ce qui n'est pas sinistre majeur ?

Ce sont les législateurs eux-mêmes qui se sont chargés de la distinction ; ils ont énuméré et spécifié les accidents qui devront être réputés tels.

L'Ordonnance de 1681 l'avait fait au titre des *Assu-*

rances, art. 46, complété par un édit postérieur (*Déclar.* du 17 août 1779).

Le Code de commerce l'a fait encore, au même titre des *Assurances* (art. 369).

Quels sont les cas de sinistre majeur ainsi légalement déterminés? ce sont les cas :

De prise,

De naufrage,

D'échouement avec bris,

D'innavigabilité,

D'arrêt d'une puissance étrangère,

De la perte ou détérioration des effets, si elle va au moins à trois quarts,

D'arrêt de gouvernement, après le voyage commencé.

Sans entrer prématurément dans l'explication de ces divers cas, de ceux au moins qui en auraient quelque besoin, deux remarques doivent ici être faites :

1° C'est que cette énumération de la loi est *limitative*, c'est-à-dire qu'il n'y a de sinistres majeurs que les cas qui y sont compris, qu'aucun autre cas ne peut y être ajouté. Cela résulte des termes mêmes de l'article 46 de l'Ordonnance, des articles 369 et 371 du Code de Commerce (*tous autres dommages sont réputés avaries*).

2° C'est que, bien que ces dispositions de loi sont placées en tête des *assurances*, elles ne concernent pas seulement ce contrat, mais encore et tout aussi bien le *contrat à la grosse* qui, dans son titre spécial, s'y réfère ou est censé s'y référer, quant à l'énumération et à la

limitation des cas de sinistre majeur ; cela est sans difficulté admis.

Nous pouvons maintenant, en connaissance de cause, voir dans quel cas peuvent s'éteindre les actions du prêteur, en totalité ou simplement en partie.

Il faut ici distinguer entre le cas où le sinistre majeur cause la perte entière, *effective*, des objets affectés au prêt, et le cas où ce sinistre, en atteignant ces objets, n'en a causé que la perte entière *légale*.

Voyons ces deux cas séparément, pour mieux saisir et distinguer les conséquences qu'ont l'un et l'autre sur les actions que le contrat attribue au prêteur.

Et d'abord il y aura extinction totale des actions du prêteur, par suite du sinistre éprouvé, si l'objet en risque, affecté au prêt, a péri lui-même effectivement tout entier.

C'est la conséquence d'un principe qui nous est bien connu ; le preneur ne s'oblige au remboursement et n'y affecte sa chose même, que sous la condition que cette chose ne périra pas par cas fortuit, dans le temps et le lieu des risques.

D'où il suit que, si par cas fortuit, dans le temps et dans le lieu des risques, la chose affectée est entièrement perdue, évanouie, attendu la défaillance entière de la condition, il n'y a plus d'obligation de la part du preneur.

Alors le donneur n'a plus d'action d'aucune espèce et

sur rien ; il n'a plus d'action personnelle, puisque l'emprunteur est libéré envers lui, et, d'autre part, il n'a plus d'action réelle, puisque le gage s'est évanoui, puisque plus absolument rien n'en subsiste.

C'est ce que les auteurs de l'Ordonnance exprimaient énergiquement, lorsqu'ils disaient (art. 11 du titre) : *Tous contrats à la grosse demeureront nuls par la perte entière des effets sur lesquels on aura prêté.*

Il faut dire pourtant que cet article avait essuyé, même de la part de Valin et d'Emerigon, une critique portant, non sur la disposition même qu'ils approuvaient, mais sur les expressions qu'ils trouvaient impropres et forcées (Valin, sur l'art. 11, Emerigon, p. 643 et sq.)

Les contrats, disaient-ils, ne sont pas et ne demeurent pas nuls ; en eux-mêmes ils étaient et n'ont pas cessé d'être existants et valides ; seulement il y a pour ces contrats impuissance d'avoir effet, ce qu'on appelle en droit *caducité*, et cela attendu la défaillance de la condition qui seule, en se réalisant, aurait pu leur donner force d'exécution.

Le Code de Commerce (art. 325) a, sans nul doute, adopté la disposition de l'Ordonnance, mais il a voulu échapper au même reproche, et rectifier l'expression critiquée, en disant : *Si les effets sur lesquels le prêt a eu lieu sont entièrement perdus.... La somme prêtée ne peut être réclamée.*

A plus forte raison le change maritime, accessoire de ce principal, ne peut-il alors être réclamé.

Pour l'un comme pour l'autre, toute action du prêteur est éteinte.

Voilà pour le cas où la perte entière est effective, absolue, où tout a été matériellement détruit.

Mais qu'en sera-t-il, si le sinistre majeur, qui a frappé l'objet affecté, ne l'a pas complètement détruit, si l'on a pu en sauver quelque partie, ne fut-ce que des débris ?

Toute action sera-t-elle encore déniée au prêteur à la grosse ?

Non, et il faut ici distinguer entre les deux actions qui, sans l'accident, lui auraient également appartenu.

Quant à l'action personnelle, elle est perdue pour lui, aussi bien que dans le cas précédent; la perte partielle, par suite d'un sinistre capable d'entrainer une perte totale, est légalement assimilée à cette perte totale. La condition de l'obligation du preneur est alors considérée comme ayant également défailli, et attendu cette défaillance, il est également libéré.

Mais ne reste-t-il donc rien au prêteur ? On ne saurait aller jusque-là ; tant qu'il subsiste quelque chose de son gage, il doit y conserver son action réelle, non plus sur ce qui a cessé d'être, mais seulement sur ce qui en reste, sur ce qui a pu échapper au sinistre.

La portion sauvée lui sera donc dévolue; en vertu de son droit, il pourra réclamer cette portion ou sa valeur, si elle a été recouvrée.

Mais de qui pourra-t-il la réclamer ? Uniquement de

celui, quel qu'il soit, qui en aura fait le recouvrement, qui en sera tenu envers lui et lui en devra compte, comme ayant été son *negotiorum gestor*.

Il n'aurait encore quelque action contre le preneur, que si celui-ci avait lui-même recouvré les effets sauvés, ou s'il s'était rendu coupable de faute ou de négligence, pour la conservation des débris.

Mais ce ne serait plus en vertu du contrat de grosse; ce serait en vertu des règles et devoirs du mandat ou de la gestion d'affaires.

Tels sont les vrais principes.

Voilà ce que produit véritablement dans ce cas le sinistre majeur sur les actions qui dérivaient du contrat à la grosse.

Il faut avouer que ce résultat n'a été que confusément aperçu, qu'obscurément expliqué par les auteurs en général, et surtout par les modernes.

Les législateurs eux-mêmes ne sont pas, à cet égard, à l'abri de tout reproche ; ou ils se sont servis d'expressions trop vagues, ou ils en ont employé d'inexactes.

Ainsi l'Ordonnance de la Marine disait dans son article 17 du titre : *Seront, en cas de naufrage, les contrats à la grosse réduits à la valeur des effets sauvés*.

Et le Code de Commerce, croyant rectifier et éclaircir tout cela, a dit à son tour dans son article 327 : *En cas de naufrage, le paiement des sommes empruntées à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés*

et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage.

Sur ces textes, il y a lieu à plus d'une observation. Les deux lois disent : *en cas de naufrage, etc.* Cela semblerait limitatif, mais ne peut l'être cependant, ainsi que nous l'avons déjà vu ; le naufrage n'a pu être désigné là que par forme d'exemple, et la disposition s'applique logiquement, par identité de motifs, à tout cas de sinistre majeur, tels que prise, bris ou innavigabilité.

Ainsi l'ont entendu les meilleurs interprètes (Pothier, n° 47 ; Emerigon, p. 545) (88).

---

(88) *Adde* Bédarride n°ˢ 947 et sq.; Caumont, v° *cit.* n°ˢ 26 et sq., de Valroger, *Revue crit.* t. XX, p. 240 sq. et XXI, p. 123 et sq.; Aix 18 juillet et Bordeaux 14 nov. 1850 ; Rennes 20 juin 1854; Cass. 8 janv. 1866, (*J. M.* 29, 1, 191 et 2, 145 ; 34, 2, 5 ; 1866, 2, 115, *D. P.* 1866, 1, 55). — La solution n'a guère fait de difficulté que pour un des cas portés en l'art. 369 , *la perte ou détérioration des trois quarts*, et dans l'espèce d'une assurance sur sommes prêtées à la grosse , on avait prétendu que, ce cas ne se trouvant point compris dans la disposition de l'art. 327, le prêteur (affranchi , du reste , de l'action d'avaries par clause formelle) , conservait son action personnelle contre l'emprunteur, et par conséquent qu'il n'y avait pas lieu à délaissement à l'encontre de l'assureur. Mais ce système fut rejeté par arrêt de la Cour d'Aix du 5 déc. 1827 (*J. M.* 9 , 1 , 289). Outre, en effet, qu'il n'y a pas de raison de ne pas comprendre la perte ou détérioration des trois quarts dans la règle de l'art. 327, du moment que l'on admet que les termes n'en sont point

Il en est même qui ont donné à cela une extension abusive ; ils l'ont étendu à toutes les fortunes de mer, à tous les cas fortuits quelconques, sans distinction des sinistres majeurs et des simples avaries (Locré, sur l'art. 327, p. 379).

Mais combien d'ailleurs le Code de Commerce a mis, dans sa disposition, plus d'inexactitude que n'en offrait l'Ordonnance ?

Il dit qu'en cas de naufrage, *le paiement* des sommes empruntées est réduit à la valeur des effets sauvés, etc.

Ce mot *paiement* est ici louche et impropre ; il semble que le preneur a à payer moins, mais qu'il a toujours à payer, tandis qu'il est libéré de toute obligation personnelle, et que le donneur n'a d'action que sur les débris (Vincens, p. 298, note 5).

Il semble aussi que c'est seulement le capital emprunté qui, par le sinistre, est réduit aux effets sauvés, d'où l'on pourrait induire que le donneur reste, en outre, créancier de son entier change maritime ; ou bien,

---

limitatifs, il faut remarquer que la question ne se posait point dans les rapports du prêteur à la grosse avec son emprunteur, mais dans ceux de ce même prêteur avec son assureur. Or, à ce point de vue, on relevait directement de l'art. 369, le délaissement devait être admis, sauf à entraîner vis à vis de l'emprunteur tels effets que de droit, c'est-à-dire réserve faite de l'action qui devait compéter contre lui. En ce sens Bédarride *loc. cit.;* cpr. cass. 9 mars 1869 (*D. P.* 1869, 1, 463 ; *J. P.* 1869, 626).

en sens inverse, qu'il ne peut jamais prétendre qu'à son capital, lors même que le sauvetage suffirait pour le payer aussi du change, en tout ou en partie.

Mieux valait, à tout prendre, l'expression de l'Ordonnance (art. 17) qui disait : *Seront les contrats à la grosse réduits, etc. Les contrats*, ce qui comprenait tout, la somme prêtée et le change maritime (Pothier, n° 48 ; Emerigon, 547 et *sq.*) (89).

Quoi qu'il en soit, il est certain pour tous que le donneur a le droit de se payer, sur les débris, de tout ce qu'il pourra, en principal et en change maritime.

Tant mieux pour lui, s'il y a suffisance pour le tout ; mais s'il y a insuffisance, il n'aura pour le déficit, de recours contre personne.

Remarquez du reste que le prêteur n'a droit au produit du sauvetage, que sous les déductions nécessaires, frais de sauvetage dans tous les cas (art. 327), fret ou nolis dus par les effets sauvés, si le prêt a été fait sur marchandises (Emerigon, p. 547 ; Boulay-Paty, p. 180) (90).

---

(89) M. Bédarride exprime une idée absolument contraire (n° 959) ; selon lui, le législateur du code de commerce, en substituant les termes actuels à ceux de l'Ordonnance, a eu précisément pour but de mettre hors de doute une chose qui aurait pu être contestée sous l'Ordonnance ; *mundum tradidit disputationi.*

(90) Le premier point ne peut faire difficulté, prévu qu'il est par la loi elle-même. Quant au second, il n'est que la consé-

Ce cas de perte légale, mais non entière, de la chose affectée au prêt donne encore lieu à quelques questions relatives au prêt sur facultés ou marchandises.

Ce qui est sinistre majeur pour le navire ne l'est par toujours pour le chargement.

En général il n'y a, pour le chargement, sinistre majeur, que lorsque, par suite d'un accident de mer, il y a impossibilité de rendre la marchandise à sa destination.

Un navire s'échoue, il ne peut être relevé ; par cet accident ou tout autre, il devient innavigable, c'est-à-dire incapable de tenir la mer et de reprendre sa route.

Il y a sinistre pour ce navire, mais pas toujours pour le chargement.

Trois cas ou hypothèses peuvent se présenter :

1° Il est impossible de se procurer un autre navire, pour y transborder la marchandise, et la rendre à sa destination.

Alors il y a rupture forcée du voyage. Pour l'emprunteur, c'est comme si sa marchandise avait péri, par là-même il est délié de son obligation personnelle.

---

quence des principes admis en matière de priviléges : *Privilegia æstimantur ex causâ ;* or le transport étant supposé avoir donné une valeur plus grande à la chose, il est de toute équité que ceux qui en ont été les agents, soient préférés à ceux dont l'argent n'a fait que créer ou procurer cette chose, avec la valeur primitive qu'elle avait avant le départ.

Le prêteur n'a action que sur les effets à lui affectés; rien de plus à réclamer de l'emprunteur, qui lui en doit compte, comme son mandataire. (Emerigon, p. 550; Pardessus, p. 526).

2° Il y a possibilité de charger sur un autre navire, et le preneur y charge en effet.

Alors point de sinistre, quant aux marchandises ; le voyage continue aux risques du prêteur.

Peu importe le changement de navire, car ce changement est forcé, procède de force majeure ; c'est une sorte de subrogation forcée.

C'est le changement volontaire qui seul termine le risque, pour le prêteur comme pour l'assureur (arg. en effet, art. 392).

3° Il y a possibilité d'avoir un autre navire, mais le prêteur ne veut pas ; il aime mieux garder ou laisser les effets où ils sont.

Alors, c'est une rupture volontaire du voyage ; par son fait, le preneur abrège le risque du donneur.

Le contrat doit sortir son plein et entier effet, le principal et le change maritime sont dus au donneur ; l'action personnelle et l'action réelle subsistent à la fois (mêmes auteurs, *adde*, Bédarride, n°s 941 et sq.)

La décision est toute pareille quand le prêt sur facultés est fait pour l'aller et le retour.

Lorsque après le voyage d'entrée et déchargement des facultés, le navire, par un motif quelconque, ne fait pas son retour ;

S'il est impossible d'avoir un autre navire, pour y charger les retraits des facultés d'entrée, il y a rupture forcée, sinistre majeur ; le prêteur n'a de droit que sur les retraits, il ne peut rien prétendre de plus ; en conséquence le preneur devient alors son mandataire, ayant pouvoir d'administrer les effets qu'on n'a pu charger, il en dispose pour son compte, etc. (Emerigon, page 551) ;

Mais s'il est possible d'avoir un autre navire, selon que le preneur charge ou ne veut pas charger, le risque continue ou se termine pour le donneur (91).

Voici, en cette matière, une singulière et remarquable hypothèse qui s'est présentée et peut bien se présenter encore.

Nous sommes, je suppose, en temps de guerre maritime, j'emprunte à la grosse une somme que j'emploie en marchandises.

Je les charge sur tel navire, en destination de tel pays. Ensuite le navire est obligé de revenir sur ses pas, par la crainte des croiseurs ennemis et d'une capture imminente.

Voilà donc mon expédition manquée ; je suis privé du bénéfice que j'espérais en avoir au lieu de destination ; et mes effets vendus au lieu de départ, ou en

---

(91) Seulement, dans ce dernier cas, le change devrait être réduit aux deux tiers ; voy. *suprà* p. 230.

route, ne s'y vendront peut-être pas la moitié de ce qu'ils m'ont coûté.

Serai-je pourtant obligé de payer à mon prêteur l'entier capital et l'entier change maritime, ou bien par suite d'un tel événement, les actions du prêteur se trouveront-elles éteintes, ou tout au moins réduites?

L'hypothèse a été posée et la question examinée par les auteurs anciens et modernes ; elle l'a été notamment par Emerigon sous l'Ordonnance (p. 549 et sq), et sa solution, telle qu'il l'a donnée, a été suivie même par ceux qui ont écrit depuis le Code de Commerce.

Voyons quelle est cette solution et sur quels motifs elle est fondée.

Il faut dire qu'Emerigon lui-même, en présence de cette question, a montré de l'hésitation et même un véritable embarras.

En matière d'assurance, un cas semblable, prévu par lui, ne l'avait trouvé ni hésitant ni embarrassé. Il avait très résolument établi que l'article 46 de l'Ordonnance, qui énonçait les cas de sinistres majeurs, étant limitatif, on ne pouvait y ajouter un cas qui n'y était pas expressément compris ; qu'en conséquence, le retour de la marchandise assurée, causé par la crainte de l'ennemi ou de tout autre danger imminent, ne pouvait être regardé comme un sinistre majeur, donnant à l'assuré contre son assureur l'action en *délaissement* , mais seulement comme un genre d'avarie appelée *particulière,* donnant à l'assuré contre son assureur la simple *action d'avarie,* accordée généralement par la loi pour

tout dommage résultant d'un accident de mer, quel qu'il fût.

D'où vient donc que l'auteur, pour être conséquent avec lui-même, n'applique pas cela au contrat à la grosse ?

En voici la raison : c'est que, comme il le dit, l'Ordonnance a moins bien traité le preneur que l'assuré ; par son article 16, elle a laissé à la charge du preneur les *avaries particulières*, et en a de droit affranchi son donneur.

Il est donc impossible, en matière de grosse, de faire tomber en simple avarie le cas dont il est question, et il faut bien trouver un autre moyen de venir au secours du preneur dont l'expédition a si mal tournée.

Mais Emerigon oublie ou néglige là une chose, c'est que le même article 16 de l'Ordonnance qui, en principe, affranchissait le prêteur des avaries simples, donnait aussitôt le correctif de cela, en autorisant expressément à les mettre à sa charge : *s'il n'y a convention contraire.*

Valin aussi, sur cet article, se montrait peu satisfait du principe qni y était posé ; mais à côté du mal, il apercevait le remède. Il disait : *Sans cette heureuse addition* (la convention contraire des parties) *l'usage des contrats de grosse aurait été aboli*, et il ajoutait : *Aussi n'en voit-on point qui ne dérogent à cet article, c'est-à-dire sans une clause précise par laquelle le prêteur prend sur lui tous les risques et fortunes de mer comme l'assureur* (t. II, p. 19).

Il est vrai qu'Emerigon dit de son côté (p. 504) que *parmi nous*, c'est-à-dire à Marseille, *il n'a jamais vu de clause pareille, et que les donneurs n'y contribuent point aux avaries simples, etc.*

Mais pourquoi donc les preneurs étaient-ils si imprévoyants ? Pourquoi n'usaient-ils pas de la faculté laissée par l'article 16, et n'imitaient-ils pas l'exemple des prêteurs des autres régions, en s'exonérant des avaries simples, par une clause embrassant tout ce qui n'était pas sinistre majeur ?

N'était-ce pas le cas de dire que ce n'était pas la faute de la loi, mais celle des preneurs qui ne pouvaient s'en prendre qu'à eux-mêmes ?

Le remède, comme l'y avait vu Valin, était là, et c'est, il semble, ce qu'Emerigon aurait dûse borner à conseiller, à recommander aux prêteurs imprudents du pays qui négligeaient cette précaution.

Au lieu de cela il entreprend de constituer en sinistre majeur le cas dont il s'agit, et de lui en faire produire les effets.

Mais les sinistres majeurs sont strictement limités par l'article 46 de l'Ordonnance ; l'auteur l'a bien reconnu ailleurs et le reconnaît encore ici-même.

N'importe, il entreprend de suppléer à la prétendue omission de la loi par ce vague et subtil raisonnement : *La cause finale du contrat est que le navire parvienne au lieu indiqué, où le preneur puisse vendre sa marchandise, acheter des retraits, etc. Le cas fortuit (crainte de l'ennemi) rend l'heureux retour impossi-*

ble, dès lors la cause finale cesse, la condition n'est pas accomplie ; le contrat ne peut subsister en l'état, et doit nécessairement être modifié.

Toute cette logomachie de cause finale et de condition ne reposait sur rien de précis et de solide, et elle avait le défaut capital d'être directement contraire au texte de l'Ordonnance, à un texte bien clair et bien formel (92).

---

(92) « A ce propos Emérigon *(ibid.)* rappelle une décision qu'il a déjà rapportée p. 489.

Un cafetier fournit à un capitaine divers ustensiles de chambre et de cuisine, estimés à..... à condition qu'à l'arrivée du navire à Marseille, ils lui seront restitués en nature (sauf le paiement du déficit, s'il y en a). Les articles fournis sont aux risques, péril et fortune du fournisseur, moyennant le change de 110 o/o stipulé par lui. — Le navire part de Toulon. La crainte des Anglais qui le poursuivent le font relâcher à Oran, puis à Carthagène, d'où, après un long séjour, il revient à Toulon, lieu de son départ. — Le cafetier demande la restitution de ses ustensiles et le paiement du change stipulé. — Le capitaine ou son armateur, attendu la rupture du voyage par force majeure, déclare faire abandon à son fournisseur.

Sur quoi, 22 déc. 1764, sentence de l'Amirauté qui ordonne qu'en exécution des accords, les ustensiles du cafetier lui seront restitués, et on lui payera son change de 110 o/o, avec intérêts depuis la demeure.

Ainsi l'Amirauté (dont Emérigon était membre), loin d'annuler le contrat, en ordonna la rigoureuse et prompte exécution. Elle ne crut donc pas pouvoir suppléer à l'Ordonnance, et créer, de son chef, un nouveau genre de sinistre.

Une telle solution n'était donc pas admissible sous l'empire de l'Ordonnance.

Que sera-ce sous la législation actuelle ?

L'article 16 de l'ancienne loi, qui exemptait le prêteur des avaries particulières, sauf convention contraire, a été remplacé par l'article 330 Cod. Com., qui, prenant exactement le contre-pied de cela, a mis de droit

---

Mais appel au Parlement d'Aix, et arrêt du 28 juin 1765 qui, réformant au chef qui alloue au cafetier son change de 110 %, ne lui accorde, pour toute indemnité, que le remboursement de la prime qu'il doit lui-même à son assureur.

Emérigon cite cet arrêt comme un argument en son sens.

Cela fût-il, cette autorité ne serait pas plus forte que la sienne, et ne résisterait pas davantage à nos arguments.

Mais l'arrêt peut surtout s'expliquer par d'autres motifs. L'accord intervenu n'était pas un vrai contrat de grosse, il n'en avait pas les caractères essentiels.

Ce n'était pas un *mutuum;* les ustensiles n'étaient pas transmis au prêteur, le donneur en retenait la propriété, et ils devaient lui être restitués en nature : toutes conditions antipathiques au contrat de grosse. (Voy. Emérigon lui-même, t. II, p. 486).

Ce n'était pas non plus un commodat, puisque le donneur y mettait un prix.

Ce n'était, ainsi que nous l'avons déjà dit, et ainsi que le dit Emérigon (p. 491), qu'un *louage.*

Il dit, il est vrai, un *louage à grosse aventure.*

Mais que signifiait la clause aléatoire qui mettait la perte par cas fortuit à la charge du donneur, et qui, en conséquence, stipulait en sa faveur un change de 110 % ?

les avaries simples à la charge du prêteur, sauf convention contraire.

Voilà qui coupe court à toute difficulté, et fait évanouir la question.

Emerigon ne la soutenait et n'entreprenait d'ajouter à l'Ordonnance un nouveau cas de sinistre majeur que parce qu'il ne pouvait, comme en matière d'assurance, faire tourner le cas actuel en avarie.

Aujourd'hui que toutes les avaries sont légalement à la charge du prêteur, il n'y a donc plus aucun motif

---

La perte fortuite d'une chose louée est, de droit, à la charge du locateur ; celui-ci pouvait-il donc, pour le risque de sa propre chose, se faire allouer 110 o/o d'intérêt? Il n'avait droit à rien pour cela.

Voilà ce qui nous explique l'arrêt.

Vainement Emérigon en induit-il (p. 491) la permission de stipuler que *le donneur continuera d'être propriétaire des effets en risque*, et dit-il, p. 551, que l'arrêt considéra le contrat comme nul par défaut d'accomplissement de la condition légale.

Oui, le contrat fut considéré comme nul, mais *en tant que contrat à la grosse ;* on le réduisit à ce qu'il était véritablement, un simple louage, susceptible de produire, non point un change maritime, mais seulement un prix de location.

Emérigon nous le dit lui-même (p. 551) : ce qu'on adjugea au donneur fut moins une portion du change maritime stipulé, qu'une espèce de loyer de ses ustensiles, dont l'équipage du navire s'était servi pendant plusieurs mois. » (Note de M. Cresp).

pour vouloir, malgré la défense de la loi, ajouter à sa disposition en matière de sinistre majeur.

Et voyez pourtant l'étrange distraction de nos auteurs modernes qui, oubliant tout-à-fait ce changement, se replacent sur l'ancien terrain, et reproduisent la doctrine d'Emerigon, en empruntant ses propres termes (voy. Pardessus, t. III, n° 925 ; Boulay-Paty, t. III, p. 168 et sq., et *Conf. sur Emerigon*, t. II, p. 581) (93).

A plus forte raison le preneur ne pourrait se prétendre libéré, sous prétexte que sa spéculation a été sans succès, qu'elle a été ruineuse, attendu l'occurence des affaires et le vice propre de la marchandise.

Ce sont là des dangers de terre, autres que ceux dont répond le prêteur.

Pour qu'on eût égard au bon ou mauvais succès de l'expédition, il faudrait que le prêteur fût l'associé de l'emprunteur.

Or ce contrat n'est pas une société.

Il faut dès lors que l'expédition maritime s'évanouisse par fortune de mer, et que cette fortune de mer rentre dans un des cas désignés par l'article 369.

Nous devons terminer ce point par l'examen de questions délicates qui se produisent, en cas de concours de divers ayants-droit sur le sauvetage.

---

(93) Rapprochez de cette question celle examinée t. I, p. 540 et 541, et *suprà* p. 196.

Pour bien apprécier ce qui arrive, en cas de concours sur les effets sauvés d'un sinistre majeur, il nous faut revenir, en y insistant, sur une question déjà touchée, celle de savoir si l'emprunteur sur facultés peut pendant le voyage, décharger des marchandises, tout aussi bien qu'en charger des nouvelles.

Remarquons d'abord qu'en matière d'assurance, il y a également lieu à se demander : l'assuré sur facultés peut-il, en cours de voyage, décharger des marchandises ?

La question, commune aux deux contrats et qui s'y décide par les mêmes principes, est aussi intéressante pour l'assureur que pour le prêteur ;

Pour l'assureur qui, en cas de sinistre majeur, et par l'effet du délaissement qu'on lui fait, devient propriétaire des débris sauvés ;

Pour le prêteur qui, dans le même cas, a droit à ces mêmes débris, pour s'y payer de tout ce qu'il pourra.

Le résultat du déchargement partiel, opéré en route, est :

Pour l'assureur de diminuer la chose qui devient *sienne* au moyen du délaissement qu'on lui en fait, à charge par lui d'en payer la valeur intégrante et primitive ;

Pour le prêteur, de diminuer plus ou moins le gage qui, originairement, lui garantissait en entier son capital et ses accessoires.

Or cet inconvénient que le débarquement en route a

pour l'un comme pour l'autre, est-il admis et légitimé par le droit ?

La question a été examinée, pour les assureurs d'abord, par des hommes tels que Valin sur l'article 36 des *Assurances*, Pothier, *ibid.* n° 80 et Estrangin (note), Emerigon, *des Assurances*, t. II, p. 38 et sq., 215 et sq.

L'hypothèse de Valin est la suivante : une assurance est faite pour 1,000 fr. sur marchandises en valant 3,000, pour un voyage d'Amérique à Marseille.

A Cadix l'assuré fait débarquer pour 2,000 fr. de marchandises ; il en reste à bord pour 1,000 fr., montant de l'assurance.

L'hypothèse de Pothier est la même.

Il y a avarie après le déchargement.

Les assureurs prétendent n'en supporter que le tiers, les deux autres tiers étant à supporter par l'assuré, sur ses marchandises débarquées.

Enfin, dans l'hypothèse d'Emerigon, après déchargement partiel, il y a perte de ce qui est resté à bord, et par suite demande en délaissement.

Les assureurs prétendent qu'on leur délaisse, non-seulement les 1,000 fr. de marchandises restant à bord lors du sinistre, mais encore les 2,000 fr. débarqués en route.

Ces prétentions sont également repoussées par les auteurs, mais ils y mettent deux conditions, c'est :

1° Que le contrat contienne une clause qui, dans l'usage, s'exprime en disant : *permis de faire échelle ou es-*

cale. Par là l'assureur est suffisamment averti que le navire, dans sa route, touchera divers points, qu'il négociera, qu'il y déchargera ou chargera selon l'occurrence, et il est censé y donnèr son consentement.

2° Que l'assuré ne déchargera que l'excédant du capital assuré, qu'il laissera ou remettra à bord des valeurs suffisantes pour l'aliment du risque, valeurs correspondantes ou égales au montant de l'assurance (94).

Un principe généralement admis est donc que l'as-

---

(94) La doctrine et la jurisprudence modernes se sont entièrement ralliées à cette idée ; voy. Dalloz , *Répert.* v° *cit.* n° 1976 ; Bédarride n° 1299 ; Caumont, *op. cit.* v° *Assur. marit.* n° 114 ; Marseille 11 juillet 1821 ; Aix 18 fév. 1828, (*J. M.* 2, 1, 184, 9, 1, 141 ; Dalloz , *Répert. ibid.* n° 1553). Nous ne croyons pas même, quant à nous, (et Emérigon paraît bien, au moins, quant au prêt à la grosse , être de cet avis) , que la première des deux conditions indiquées soit indispensable. Le chargeur ayant le droit, ainsi qu'on va le voir, en cas d'excédant de la valeur de la marchandise sur le montant de la somme prêtée ou assurée , d'affecter cet excédant à la garantie d'un nouveau prêt, ou d'en faire l'objet d'une seconde assurance, on ne conçoit pas pourquoi il n'en pourrait pas en disposer autrement , par voie de retirement par exemple. C'est en vain que le créancier prétendrait, ainsi que cela est dit ci-après, qu'il a voulu , pour plus de garantie, exiger cette valeur supérieure. Cette intention, par le seul fait qu'elle contredit directement les principes et les usages reçus , ne peut pas se supposer ; elle devrait être formellement indiquée et acceptée.

suré n'est tenu de mettre et de maintenir en risque que l'équivalent des sommes assurées, que l'assureur ne peut exiger rien de plus, que l'assuré ne doit justifier rien de plus.

Et cela est consacré par diverses dispositions de l'Ordonnance et du Code de commerce (cpr. art. 357 et sq.)

Maintenant ce principe s'applique-t-il moins au contrat à la grosse ?

La doctrine ne voit à cette application aucune difficulté.

Valin, allant au fond des choses, disait du contrat de grosse qu'il n'est, après tout, qu'une assurance mélangée de prêt, qu'une assurance où l'assureur avance à l'assuré le montant de la chose mise en risque (Valin, sur l'art. 18 de notre titre).

Emerigon, traitant spécialement de notre contrat, posait, pour principe, en cette matière, que le preneur n'est tenu de mettre des effets en risque, que jusqu'à concurrence de la somme reçue du donneur (Emerigon, chap. XII, sect. 2, § 3, n° 561).

Il se fondait sur diverses dispositions de l'Ordonnance, lesquelles ont passé dans le Code de commerce. Inutile de les rapporter toutes, mais en voici une remarquable.

Nous avons vu que, d'après l'article 327, conforme en cela à l'article 17 *hoc tit.* de l'Ordonnance, le sinistre majeur réduit tous les droits du donneur à se payer



sur les débris, que le preneur est affranchi par là de toute action personnelle.

Mais pour cela il faut que le preneur sur facultés remplisse un préalable, et c'est ce que lui impose l'article 329 du Code (répondant à l'article 14 de l'Ordonnance) en ces termes : *Celui qui emprunte à la grosse sur marchandises n'est point libéré par la perte du navire et du chargement, s'il ne justifie qu'il y avait pour son compte des effets jusqu'à concurrence de la somme empruntée*.

Donc, s'il fait cette justification, sa complète libération lui est acquise; donc il n'est tenu de n'avoir à bord, lors du sinistre, qu'une valeur égale au montant de l'emprunt.

Peu importe donc qu'au départ cette valeur fût plus forte, ou qu'il l'eût augmentée depuis pour la diminuer ensuite.

En résultat, le seul risque que coure le prêteur, est celui des effets à bord au moment du sinistre. C'est le seul objet du contrat, le surplus lui est étranger.

A la vérité, le contrat de grosse peut avoir, pour gage et pour sûreté, une valeur supérieure au prêt ; cela n'est point prohibé.

Il est vrai encore que le prêteur pourrait dire qu'il a voulu, exiger cette valeur supérieure, qu'autrement il n'eût pas prêté.

Aussi, comme pour l'assurance, semble-t-il juste qu'on l'avertisse qu'on se réserve le déchargement en route.

Et pour cela, il n'est pas besoin, comme certains le supposent, d'une clause stipulant permission de décharger des marchandises dans les diverses escales (Pardessus, p. 527, n° 923); il suffit de la clause de *faire échelle.*

Ainsi donc, pour revenir à l'hypothèse ci-devant posée, un prêt de 1,000 fr. est fait sur des effets valant 3,000 fr. On en décharge en route pour 2,000 fr.

Le prêteur ne pourra prétendre que le risque est dès lors terminé pour les deux tiers ; par conséquent, en cas d'avarie, il ne pourra prétendre ne la supporter que pour un tiers et rejeter les deux autres tiers sur les effets débarqués ; en cas de sinistre, il ne pourra vouloir porter son action sur les deux tiers déchargés, comme sur le tiers restant, et, non payé en plein sur ce tiers de son principal et du change maritime, exiger le surplus du preneur.

Ce sont de sérieux motifs qui, pour l'assurance comme pour le contrat à la grosse, ont fait admettre que l'assuré comme le preneur puissent conserver la faculté de décharger librement, en cours de voyage, ce qui excède la somme assurée ou empruntée.

Il importait de laisser au commerce et à la navigation la liberté de leurs mouvements, de leurs échanges, de leurs spéculations. Cet intérêt devait, il est vrai, pouvoir se concilier avec celui des prêteurs comme des assureurs ; et le seul moyen était de considérer l'intérêt

de ceux-ci comme satisfait, dès qu'il y avait à bord aliment suffisant pour leur contrat (95).

Du principe que le preneur ne doit au donneur, comme l'assuré ne doit à l'assureur, qu'un aliment égal au prêt ou à l'assureur, il suit que l'assuré ou l'emprunteur peut faire du surplus de valeur de sa chose, l'objet ou l'aliment d'un autre contrat.

L'assuré peut faire d'autres assurances sur cet excédant de valeur, le preneur peut faire d'autres emprunts sur cet excédant.

Un négociant a chargé 2,000 fr. de marchandises; il

---

(95) Cette doctrine, adoptée par Delvincourt (t. II, p. 315, note 5, et par Boulay-Paty p. 589), a rencontré des contradicteurs dans Dalloz v° *cit.* n° 1402, et Bédarride n°s 965 et sq. M. Bédarride fonde sa solution, ainsi que la différence qu'il prétend établir sous ce rapport entre l'assurance et le prêt à la grosse, sur ce que l'assureur, quand il prend un risque de 1000 fr. sur un chargement de 3000 fr., n'a rien à démêler avec les deux autrés mille francs, il n'a entendu courir le risque que de 1000 fr.; au contraire, quant au prêteur, l'affectation qui lui est faite du chargement est générale et grève ce chargement en son entier.— Nous craignons bien qu'il n'y ait en tout cela un quiproquo, et que M. Bedarride n'ait confondu et mêlé ensemble deux idées complétement distinctes. L'assureur qui ne prend qu'un risque partiel sur un chargement déterminé, n'a sans doute rien à démêler avec le reste; il ne court jamais le risque que de la somme qu'il a souscrite. Mais il en est de même du prêteur, et s'il a prêté 1000 fr. sur des marchandises valant

a fait assurer 1,000 fr. sur ces marchandises, il peut encore y faire assurer 2,000 fr.; il suffit qu'il n'excède pas la valeur de sa marchandise, et n'entame pas l'aliment du premier risque.

De même s'il a emprunté 1,000 fr. il peut ensuite en emprunter 2,000.

S'il y a plusieurs assurances et qu'il survienne un sinistre majeur, les divers assureurs viendront en concours sur le sauvetage, au marc le franc, au prorata de leur intérêt.

De même s'il y a plusieurs emprunts faits dans le même lieu et pour la même cause, les divers prêteurs

---

3000 fr., il n'en sera jamais que pour ses 1000 fr. D'autre part, l'affectation que la loi a faite du chargement à la garantie du prêt est générale et a pour conséquence de faire porter le privilége du prêteur sur la totalité de ce chargement; mais ici encore la situation est la même pour l'assureur; lui aussi a un privilége, soit sur le navire, soit sur le chargement, pour le paiement de la prime qui lui est due, et ce privilége, par suite toujours du principe de l'indivisibilité du gage, grève la chose en son entier. Mais cela ne saurait faire obstacle à ce que, lorsque la chose affectée a une valeur supérieure au montant de la créance, le propriétaire puisse concéder sur elle d'autres droits réels, dont les bénéficiaires pourront venir en concurrence avec le premier créancier, et quelquefois même le primer, ainsi qu'on le verra mieux plus loin. Il nous est donc impossible d'apercevoir, sous l'un et l'autre rapport, la moindre différence entre l'assurance et le prêt à la grosse, et la raison de décider est la même dans les deux cas.

concourront sur le sauvetage, dans la proportion de leur intérêt (art. 191 et 323 *ibid.*)

Sur un autre point, plus essentiel encore, l'Ordonnance, non seulement faisait une différence entre le donneur à la grosse et l'assureur, mais donnait au premier sur le second une très grande préférence ou supériorité.

Ceci demande un mot d'explication.

Il peut arriver et il arrive que le même chargeur ou propriétaire ait fait tout à la fois, sur le même objet, une assurance et un emprunt à la grosse.

Cela n'est point défendu, s'il y a aliment et pour l'assurance et pour le contrat à la grosse.

Sans doute si une marchandise ne vaut que 1,000 francs, après avoir emprunté 1,000 fr., je ne puis faire assurer ma marchandise, déjà absorbée comme aliment d'un prêt à la grosse.

De même, si j'ai fait assurer 1,000 fr. sur ma marchandise valant pareille somme, je ne puis emprunter encore sur cette marchandise (art. 347, 359, 379, conformes à l'Ordonnance) (96).

---

(96) « Bien entendu avant le départ, et non en cours de voyage, pour les nécessités du navire ou du chargement. » (Note de M. Cresp). Dans cette dernière hypothèse, le prêt serait en effet contracté dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes, puisqu'il aurait pour cause des événements de mer engageant leur responsabilité.

[illegible] une marchandise valant 30,000 fr., j'ai emprunté seulement 10,000 fr., je puis faire assurer les 20,000 fr. restants : ou bien après avoir fait assurer 10,000 fr., je puis emprunter 20,000.

Cela se concilie fort bien : il y a aliment pour tout.

Si donc, sur le même objet, il y a à la fois assurance et prêt à la grosse, qu'il y ait perte et sauvetage, comment se règleront l'assureur et le prêteur ? L'un sera-t-il préféré à l'autre ? Ou bien viendront-ils en concours, au marc le franc de leur intérêt ou risque ?

L'Ordonnance (art. 18) avait accordé la préférence au prêteur sur l'assureur, mais pour son capital seulement.

La disposition portait en effet que *s'il y a contrat à la grosse et assurance sur le même chargement, le donneur sera préféré aux assureurs sur les effets sauvés du naufrage, pour son capital seulement.*

Cette disposition et son résultat étaient-ils, ou non, conformes au droit, à l'équité, à la nature des choses ?

C'est sur quoi discutèrent entre eux nos grands auteurs en droit maritime, Valin et Emerigon (Valin, sur l'art. 18, t. II, p. 20 et sq., Emerigon dans Valin).

Indiquons sommairement les motifs de la controverse, car rien n'est plus curieux et plus instructif en même temps que ces sortes de luttes.

C'est Valin qui, sur l'article 18, demande pourquoi cette préférence accordée au donneur sur l'assureur.

Emerigon répondait en faveur de l'Ordonnance :

Le donneur est plus favorable que l'assureur.



1° *En droit*, parce que l'assureur n'est qu'une simple caution ou garant, il ne procure ni ne fournit la chose mise en risque.

Le prêteur au contraire contribue directement, physiquement à l'existence de cette chose.

2° *En considération*, parce que le contrat de grosse est regardé comme plus utile, plus nécessaire au commerce et à la navigation.

A cela Valin répliquait :

1° Le prêteur, à tout prendre, est-il autre chose qu'un assureur ?

Seulement cet assureur fait à son assuré l'avance de la valeur en risque.

Mais cette avance, dites-vous, procure la chose, contribue directement à son existence.

Mais d'abord cela est-il toujours vrai ? N'emprunte-t-on jamais que pour se procurer la chose ? Le produit de l'emprunt est-il toujours employé à l'achat, ou même à la conservation, à la réparation de la chose ?

Vous convenez vous-même (Emerigon, édit. Boulay-Paty, p. 303 *in medio*) que cela n'est qu'accidentel,que l'utile et reel emploi n'est pas toujours fait, que c'est là une simple présomption ou fiction légales.

D'ailleurs si, pour un chargement de 20,000 fr., le donneur a prêté 10,000 fr., il n'a pas fourni un sou pour les autres 10,000 fr.

Enfin, ce qui l'indemnise de ses avances et de l'avantage qu'il procure au preneur, et ce qui rétablit la balance entre lui et l'assureur, qui ne fournit et ne dé-

bourse rien, c'est la prime que ce donneur reçoit, prime incomparablement plus forte que celle qu'on accorde à l'assureur ordinaire.

2° Loin d'être plus utile au commerce maritime, le contrat de grosse est souvent pour lui une cause de ruine ; c'est un mauvais signe pour les armateurs qui y ont recours, ils s'écrasent par les changes énormes qu'ils ont à payer à leurs prêteurs.

Au contraire les simples assureurs se contentent d'une faible prime, en retour de la garantie donnée aux armateurs ou chargeurs. Plus les assurances sont fréquentes, plus la propriété commerciale s'accroît.

Ces réponses ont été regardées comme victorieuses par le nouveau législateur qui, sur ce point, a changé entièrement le système de l'Ordonnance.

L'article 331 du Code de Commerce porte en effet : *S'il y a contrat à la grosse et assurance sur le même navire ou le même chargement, le produit des effets sauvés est partagé entre le prêteur,* POUR SON CAPITAL SEULEMENT, *et l'assureur, pour les sommes assurées, au marc le franc de leur intérêt respectif, sans prejudice des priviléges établis à l'article* 191 (97).

---

(97) Nous avons signalé précédemment, sur l'art. 191 (voy. t. 1, p. 109 *in fine* et sq.) la contradiction qu'il y avait, après avoir adopté ce nouveau système, à maintenir, tel qu'il existait auparavant, l'ordre des priviléges entre le prêteur et l'assureur.

Quoi qu'il en soit, la règle introduite par l'art. 331 a reçu,

Mais voici bien une autre question, débattue encore entre Valin et Emerigon, auxquels s'est joint Pothier ; question grave qui, non résolue par l'Ordonnance, ne l'a pas été non plus par le Code de Commerce.

L'hypothése est celle-ci :

On a chargé pour 20,000 fr. de marchandises, et emprunté sur ce gage 10,000 fr. seulement ; l'on n'a fait d'ailleurs sur l'excédant de valeur ni emprunt, ni assurance, le chargeur est resté à découvert sur cet excédant.

Le navire et son chargement ont naufragé, on n'a pu sauver que 4,000 fr. de marchandises.

Ces 4,000 fr. appartiendront-ils en entier au pré-

---

en ce qui concerne le prêt sur corps, une forte atteinte de la loi de 1874 sur *l'hypothèque maritime*, et de la disposition de cette loi, par suite de laquelle le privilége du prêt à la grosse, contracté avant le voyage, n'existe plus (art. 27, 1er al.) ; et il résulte de la combinaison de tous ces textes, que le concours admis par le Code de commerce, ne peut désormais plus se produire. De deux choses l'une en effet, ou bien le prêt à la grosse aura été contracté en cours de navigation, ou il l'aura été avant le voyage. Dans la première hypothèse, et en vertu de la réserve même contenue dans l'art. 331, le prêteur primera l'assureur, (voy. Locré sur l'art. 331, t. III, p. 402 ; Marseille 18 sept. 1857, *J. M.* 35, 1, 256). Dans la seconde, le prêteur privé de privilége, n'ayant tout au plus qu'une hypothèque, dans le cas où il l'aura stipulée, sera forcément primé par l'assureur. Mais il va sans dire que rien n'est changé aux anciens principes touchant le prêt sur facultés.

teur ? ou bien ne viendra-t-il au sauvetage que dans la même proportion de son prêt à la valeur totale du chargement ?

Ce prêt était de la moitié ; aurait-il seulement la demie du sauvetage, c'est-à-dire 2,000 fr. ?

En d'autres termes, pour généraliser et préciser en même temps la question, quand on a emprunté sur une valeur excédant le prêt, qu'il y a sinistre et sauvetage, l'emprunteur et le prêteur viennent-ils, ou non, en concours sur ce sauvetage, l'un pour le montant de son prêt, l'autre pour l'excédant de valeur de sa chose ?

En d'autres termes encore, l'un et l'autre contribuent-ils, à proportion de leur intérêt, à la perte du chargement, dont la valeur excédait le prêt ?

Sur cela, grande division des auteurs et commentateurs, tant anciens que modernes (98).

Le principal argument d'Emérigon et de ses adhérents, pour refuser au preneur le concours avec son

---

(98) *Pour le concours*, 1° Ancien : Valin sur l'art. 18, t. II, p. 21, cpr. aussi p. 13 ; 2° Modernes : Delvincourt, t. II, p. 322 et sq. ; Fremery, p. 254 et sq. ; Bressoles, p. 15 et sq. ; Estrangin sur Pothier, p. 488 (avec une certaine hésitation cependant). *Contre*, 1° Anciens : Pothier n° 49 ; Emérigon, ch. XI, sect. II, § 3, p. 561 et sq. ; 2° Modernes : Locré sur l'art. 327, p. 381 ; Delaporte, p. 101, 105 ; Boulay-Paty, *Conf, sur Emérigon*, p. 577 ; Pardessus, t. III, p. 527, n° 924 ; Vincens, p. 306, n° 8 ; Bédarride, n°s 960 et sq. ; Aix 19 nov. 1830 ; Marseille 19 juillet 1841 (*J. M.* 11, 1, 253, 20, 1, 301).

donneur, est que jamais le débiteur ne peut concourir avec son créancier, sur le gage donné à celui-ci ; c'est un principe de droit universellement admis.

Mais Valin répondait très bien à cet argument, en disant que ce principe, quoique vrai en lui-même, était inapplicable à notre cas.

Dès qu'il y a sinistre majeur, *il n'y a plus ni débiteur ni créancier* ; dès lors plus d'obligation personnelle pour le premier, plus d'action personnelle pour le donneur ; *sauve qui peut*, voilà la seule maxime désormais applicable.

Mais voici d'ailleurs, pour le concours, des raisons puisées dans les principes de la matière.

Dès que le gage est supérieur au prêt, le preneur peut le diminuer, pourvu qu'il en laisse à suffisance, c'est-à-dire pour 10,000 fr.

L'excédant, il peut en disposer, il peut le décharger en route, et vous convenez que le donneur n'a rien à y voir.

Il peut en faire la matière d'un nouvel emprunt de 10,000 fr., et alors vous accordez le concours des deux prêteurs.

Eh bien ! au lieu de se faire fournir par un tiers, les 10,000 fr., pour compléter son chargement de 20,000, il se les est fournis à lui-même ; il s'est prêté à lui-même.

Pourquoi ne pas l'assimiler à un deuxième prêteur ?

Il peut aussi, au lieu d'emprunter sur l'excédant, le faire assurer, et alors le concours n'est-il pas juste,

n'est-il pas admis entre l'assureur et le prêteur, qui n'est qu'un assureur lui-même ?

Or le chargeur, qui n'a pas fait assurer l'excédant du prêt, a été, pour cet excédant, son assureur à lui-même.

Pourquoi donc, en cette qualité, ne viendrait-il pas en concours sur le sauvetage ?

Mais remarquez qu'ici était la partie fausse du raisonnement de Valin ; il pêchait par cette assimilation de l'emprunteur à un assureur sur son excédant.

Car précisément l'Ordonnance (art. 18) refusait à l'assureur le concours avec le prêteur, et donnait à celui-ci la préférence sur l'autre.

Objection très sérieuse faite par Pothier, et dont le poids était reconnu par Valin lui-même.

Mais aujourd'hui l'objection s'efface, et l'argument de Valin prend lui-même une force légale.

Puisque le prêteur a cessé d'exclure l'assureur, puis que le Code les traite d'une manière égale (art. 331) et les admet l'un et l'autre à concourir, pourquoi donc désormais l'emprunteur, réputé son propre assureur pour ce qui excède l'emprunt, ne concourrait-il pas sur le sauvetage avec son prêteur ?

Autrefois, on pouvait bien dire : l'assureur est exclu du concours, parce que, simple garant ou caution du chargeur, il est son image, il est lui-même. L'admettre au concours avec le prêteur, ce serait donc admettre le débiteur à concourir avec son créancier.

Mais ce langage n'est plus possible, en présence de la loi actuelle.

Cet assureur, qu'on dit l'image de l'assuré, l'assuré lui-même, est pourtant admis au concours avec le prêteur.

Pourquoi donc l'emprunteur, qui s'est assuré lui-même, n'y serait-il pas admis ? Si, au lieu d'emprunter, il eût fait assurer, ne l'admettrait-on pas au concours avec son assureur pour son découvert ?

Cela ne fait pas de doute, et personne ne le conteste; or il y a ici identité de raison pour accorder le concours.

Voyez du reste ce qui se passe en cas d'avarie :

Le prêteur sur gage excédant son prêt, est-il tenu de la totalité de l'avarie ? Non, mais seulement à proportion de son intérêt.

Le surplus, ainsi qu'il sera dit plus tard, est supporté par le preneur réputé, pour l'excédant du prêt, son propre prêteur ou son propre assureur.

Pourquoi donc une autre règle pour le sauvetage ?

Mais si l'ancienne objection tirée de l'Ordonnance fait défaut maintenant, on prétend en trouver d'autres dans le texte même de la loi nouvelle.

L'article 327 dit d'abord qu'*en cas de naufrage* (ce qui s'étend à tout sinistre majeur) *le paiement des sommes empruntées est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat.*

Ces derniers mots *affectés au contrat* ne se trouvaient pas dans l'article correspondant de l'Ordonnan-

ce, et c'est leur addition au nouvel article qui a donné lieu à prétendre que c'est tout ce qui était originairement affecté au contrat, qui est dévolu au prêteur, à l'exclusion de l'emprunteur, quelque excédant qu'il y eut dans l'affectation primitive.

Mais cette rédaction ne me paraît pas avoir cette importance :

1° Cela détruit-il le concours accordé à l'assureur avec le prêteur ?

2° Il faudrait donc aller jusqu'à dire que, si le preneur a débarqué partie du chargement, le donneur a action sur elle.

3° Les mots de l'article 327 s'expliquent autrement ; on a voulu dire que, lors même que le preneur aurait à bord d'autres marchandises qui seraient sauvées, le donneur n'aurait action que sur ce qui resterait des marchandises affectées au prêt, d'après le contrat.

On a opposé aussi l'article 320.

Mais cette disposition, qui se borne à établir un privilége en faveur du prêteur, n'a pas trait à la question de concours ; il ne la tranche ni expressément, ni tacitement (99).

Au surplus toute controverse cesse, lorsque l'em-

---

(99) Nous adhérons complétement à cette opinion, et pour résumer d'un mot cette remarquable et intéressante discussion, nous dirons, que, si la question était susceptible de controverse sous l'empire de l'Ordonnance, elle ne l'est plus aujourd'hui, par suite du principe nouveau admis par l'art. 331.

prunteur a assigné au prêt une quotité, la demie, le tiers, etc. des effets qu'il avait à bord.

Alors tout le monde convient que le prêteur n'a droit qu'à la demie, au tiers des effets sauvés.

Et le motif en est décisif : pourquoi la demie de l'emprunteur serait-elle censée avoir péri, plutôt que la demie affectée au prêteur ?

La distribution ou le concours sont dès lors forcés.

Nous avons vu quelle influence avait sur notre contrat ces accidents de mer appelés *sinistres majeurs*, qui entraînent la perte effective ou légale du gage donné au prêteur.

Le résultat général en est d'éteindre pour lui toute action personnelle contre l'emprunteur et de le réduire à l'action réelle sur ce qui peut rester de son gage.

Mais, outre ces cas extraordinaires et rigoureusement limités par la loi, il est une foule d'autres accidents qui, en mer, peuvent atteindre, diminuer ou détériorer les choses (navire ou marchandises) affectées à l'emprunt.

Qu'en résulte-t-il pour les droits du prêteur ? Quel changement ou quelle modification ses actions en éprouveront-elles ?

Nous sommes ici forcément amenés à exposer une des théories les plus importantes du droit maritime, théorie qui s'applique également à toutes les parties de ce droit, aux assurances comme au contrat à la grosse, et même abstraction faite de l'un et de l'autre de ces contrats.

Cette théorie est celle des *avaries*.

On appelle en général du nom d'*avaries* tout dommage, toute détérioration, résultant pour un navire ou son chargement, d'un accident de mer autre que le sinistre majeur ; et non-seulement le dommage matériellement éprouvé, mais encore tous frais et dépenses extraordinaires qui, grevant la chose, en diminuent la valeur (art. 397).

Les avaries que peuvent éprouver un navire et son chargement, se divisent en deux classes, les unes appelées *avaries simples ou particulières*, les autres *avaries grosses ou communes*.

C'est la loi elle-même qui fait cette division (art. 399),

1° Qu'est-ce que les avaries simples ou particulières ?

C'est encore la loi qui les définit, *en général les dépenses faites et le dommage souffert pour le navire seul ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement* (art. 403).

Et voici les exemples que ce même article en donne :

Le dommage arrivé aux marchandises par leur vice propre, par tempête, prise, naufrage, échouement ;

Les frais faits pour les sauver ;

La perte des cables, ancres, voiles, mâts, cordages, causée par tempête ou autre accident de mer ;

Les dépenses résultant des relâches occasionnées par

la perte fortuite de ces objets, par le besoin d'avitaillement, par voie d'eau à réparer ;

La nourriture et les loyers des matelots, pendant la détention du navire, sa réparation, la quarantaine, etc.

2° Qu'est-ce que les avaries grosses ou communes ?

Le Code les définit à leur tour, *en général les dommages soufferts volontairement et les dépenses faites, d'après délibérations motivées, pour le bien et le salut communs du navire et des marchandises, d'aprés leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement* (art. 400).

Voici encore les exemples qu'il en donne :

Les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises ;

Les choses jetées à la mer ;

Les cables ou mâts rompus ou coupés ;

Les ancres ou autres effets abandonnés ;

Les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées à bord ;

Le pansement et la nourriture des matelots blessés en défendant le navire, etc. ;

Les frais de la relâche faits pour fuir la tempête ou l'ennemi, etc.

Il serait ici hors de propos d'entrer sur ces textes, dans des explications détaillées (100).

---

(100) Ce sera l'objet d'une étude particulière, qui suivra celle du contrat d'assurance et terminera ce *Cours de droit maritime*.

Je dois seulement bien faire remarquer le vrai point de différence entre les deux sortes d'avaries, et en même temps prémunir contre le sens abusif qu'on pourrait attacher à l'expression *avarie grosse*, employée par opposition à celle d'*avarie simple*.

Si l'une est appelée *grosse*, c'est par souvenir d'une ancienne tradition aujourd'hui effacée ; mais ce n'est nullement à raison de la quotité ou la gravité plus ou moins grande du dommage qui en résulte; l'avarie simple peut souvent avoir un résultat plus désastreux.

Ce qui est le caractère propre de l'avarie grosse, appelée plus justement *commune*, ce qui la distingue essentiellement de l'avarie simple ou particulière, c'est d'abord qu'elle implique ou suppose *le fait de l'homme*, le concours de sa volonté ; c'est de plus que ce fait et ce concours ont pour cause ou motif *l'intérêt commun du navire et du chargement*. le bien et le salut de tout ce qui se trouve exposé au risque.

Par qui, dès lors, sont généralement et directement supportées les avaries, soit particulières, soit communes ?

Les avaries particulières sont supportées et payées par le propriétaire de la chose qui a essuyé le dommage ou occasionné la dépense (art. 404).

Les avaries grosses sont supportées par les marchandises et par la moitié du navire et du fret, au marc le franc de leur valeur (art. 401).

En cas d'avarie grosse ou commune, il y a donc lieu



à contribution entre les chargeurs et propriétaires du navire, également intéressés dans le dommage.

Cette contribution se fait parce qu'on appelle un *état* ou *règlement d'avaries*, auquel procèdent des experts (art. 414).

Elle se fait dans le lieu du déchargement du navire, lieu qui peut être autre que celui de la destination, à la diligence du capitaine.

La répartition des pertes et dommages se fait sur les marchandises et sur la demie du navire et du fret, à proportion de leur valeur au lieu de déchargement (art. 417).

La répartition des experts est rendue exécutoire, en France, par l'homologation du tribunal de commerce, à l'étranger, par celle du consul français, à défaut par tout tribunal compétent sur les lieux (art. 416).

Voilà pour les chargeurs et propriétaires du navire entre eux, abstraction faite de tout tiers intéressé ou garant.

Mais ces propriétaires et chargeurs ont pu (et, en fait, il est bien rare qu'ils y manquent) traiter avec des tiers qui, moyennant rétribution, garantissent leur chose, navire ou marchandise, contre les chances dont elle est menacée en mer.

Les uns se sont fait garantir, par voie d'assurance, par des tiers appelés *assureurs*, qui ont promis que, si la chose était endommagée, ils payeraient le montant du dommage.

D'autres se sont procuré la même garantie, en traitant à la grosse avec des tiers appelés *donneurs* ou *prêteurs*, qui, faisant l'avance de leurs fonds sur la chose en risque, ont consenti à courir les chances maritimes de cette chose.

Laissant à l'écart l'assurance qui nous occupera plus tard, renfermons-nous dans le contrat à la grosse, et dans les rapports que les avaries, quelle qu'en soit l'espèce, peuvent avoir avec ce contrat.

Quelle influence ces avaries ont-elles sur le sort de la convention ? Ont-elles pour effet d'étendre ou de modifier, en tout ou en partie, l'obligation personnelle de l'emprunteur ?

Non, répondait-on anciennement (et c'est ce que quelques-uns répondent encore aujourd'hui), dans quelque état que les choses affectées arrivent à leur destination, quelque endommagées qu'elles aient été par des accidents éprouvés en cours de voyage, l'emprunteur n'en reste pas moins personnellement obligé à la restitution du capital prêté et au paiement du change maritime (Pothier, n[os] 42, 45, 47 ; Emerigon, p. 543 et sq.; Pardessus, p. 529, n° 926).

Il n'y a que le sinistre majeur, c'est-à-dire la perte entière effective ou légale de l'objet affecté, qui puisse résoudre cet engagement personnel de l'emprunteur (101).

---

(101) Nous croyons que M. Cresp a exagéré la portée des

Mais quoi ! dans ce système, l'avarie, quelque considérable qu'elle fût, resterait donc à la charge de l'emprunteur, et le prêteur en serait de plein droit absolument affranchi !

Une telle doctrine pouvait-elle bien se concilier avec le texte même de l'ancienne loi ?

Elle en recevait au contraire un démenti.

L'Ordonnance en effet (art. 16 du titre), faisait à cet égard une distinction entre les avaries grosses et les avaries particulières.

Quant aux premières (avaries grosses) le prêteur était tenu de droit de les supporter, à la décharge de l'emprunteur.

Quant aux secondes (avaries particulières), le prêteur en était de droit affranchi, et elles restaient à la charge de l'emprunteur, à moins qu'il n'y eut entre les parties convention contraire.

Vous voyez que, du moins, l'une des deux sortes d'avaries (la commune) était mise de droit à la charge du prêteur.

---

observations contenues dans les auteurs qui précèdent, et il suffit de se reporter aux passages cités, pour voir que, soit Pothier, soit Emerigon ne raisonnaient qu'au point de vue des avaries simples ou particulières, dont le prêteur était alors affranchi. Quant à Pardessus, sa proposition ne doit également s'entendre que sous la réserve de la contribution à toutes avaries, quelles qu'elles soient, contribution qui, aux termes de l'article 330, est aujourd'hui de droit.

Mais pourquoi cette différence dans la condition du prêteur, selon que l'avarie était grosse ou particulière ? Pourquoi l'une était-elle *de droit* à sa charge, tandis que *de droit* il était affranchi de l'autre ? Pourquoi, comme il en était d'ailleurs de l'assureur, n'était-il pas également tenu de l'une et de l'autre ?

Valin, dont l'esprit critique ne se payait pas de mots, mais allait au fond des choses, s'étonnait de cette disposition.

Au fond, disait-il sur l'article 16, *et par rapport aux risques, le contrat à la grosse n'est qu'une assurance, et le prêteur n'est qu'un assureur ; d'où vient donc que l'Ordonnance décharge le premier des avaries particulières, qui ne sont pas moins fréquentes et de moins de conséquence que les avaries grosses, tandis que l'assureur en est tenu indistinctement ?*

Pothier (n°s 42 et 47) cherchait à expliquer et justifier cela : *c'est que*, disait-il, *par le contrat d'assurance, les assureurs s'obligent d'indemniser l'assuré de toutes pertes et dommages généralement quelconques, au lieu que par le contrat de grosse, le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur.*

C'était répondre à la question par la question même.

Et au surplus l'auteur se donnait peu à près (n°s 44 et 45) un démenti, en reconnaissant que le donneur *contractait bien une obligation*, celle de contribuer à l'avarie commune et d'en faire raison à l'emprunteur qui l'avait payée ; contradiction qu'il essaye de sauver par

des subtilités peu dignes de lui et que nous aurons occasion de mieux apprécier.

Aussi Emerigon (*loc. cit.*) se montrait-il peu satisfait de cette explication. *M. Pothier*, dit-il, *tache de rendre raison de cette différence, etc.*

Et lui-même il tache d'en donner une meilleure, en ajoutant que *l'heureuse arrivée du navire forme la condition essentielle et caractéristique du contrat de grosse. Or les avaries simples n'influent en rien sur l'accomplissement de cette condition.*

Cette explication est-elle beaucoup plus satisfaisante ?

Et d'abord peut-on bien appeler heureuse, l'arrivée d'un navire ou d'un chargement qui, dans sa navigation, a essuyé un dommage considérable et une dépréciation qui peut aller presque aux trois quarts, sans tomber en sinistre majeur ?

Mais laissons les mots et demandons-nous :

1° Est-ce que l'arrivée au terme du risque n'est pas aussi la condition essentielle de l'assurance ?

Et pourtant l'assureur, indépendamment de la perte totale dérivant du sinistre majeur, ne répond-il pas de droit du dommage partiel, de l'avarie particulière aussi bien que de la commune ?

2° Est-il bien de l'essence du contrat de grosse, comme on le suppose arbitrairement, que le prêteur ne supporte la perte qu'autant qu'elle est totale, ou qu'étant partielle, elle constitue une avarie grosse ?

Non, car l'Ordonnance autorisait elle-même expressément la convention contraire.

Et on sait ce qu'à ce propos disait Valin, sur l'article 16 : *heureusement que notre article ajoute*, S'IL N'Y A CONVENTION CONTRAIRE, *sans quoi l'usage des contrats à la grosse aurait été aboli. Aussi n'en voit-on pas qui ne dérogent à cet article, c'est-à-dire sans une clause précise par laquelle le prêteur prend sur lui tous les risques et fortunes de la mer comme l'assureur.*

Cet usage dérogatoire attesté par Valin (bien que contesté par Emerigon, d'après la pratique marseillaise) fut généralement invoqué, dans les observations fournies sur le projet de Code de Commerce. Des cours, des tribunaux, des chambres de commerce demandèrent le changement de l'ancienne législation.

Au Conseil d'Etat on reconnut que la convention contraire était de clause ordinaire dans les contrats à la grosse (Locré, sur l'art. 330, p. 395 et sq.)

En conséquence l'usage fut érigé en loi, et tout au contraire de l'Ordonnance, au lieu d'affranchir de droit le prêteur des avaries simples, on les mit de droit à sa charge. L'article 330 porte en effet dans son deuxième alinéa : *Les avaries simples sont à la charge du prêteur, s'il n'y a convention contraire* (102).

---

(102) M. Cresp avait d'abord rattaché à cette exposition, et comme une conséquence des idées ci-dessus exprimées, la discussion sur la question de savoir si le prêt à la grosse constitue, ou non, un contrat synallagmatique. Il a depuis *tiré* ce passage,

Après un tel changement, nos auteurs modernes peuvent-ils bien dire encore, comme on le disait autre-

---

non pas qu'il ait changé de sentiment sur ce point, mais parce que la question lui a paru mieux placée au titre des *Assurances*, (par suite du parallèle incessant fait par lui entre les deux contrats), et qu'il y a consacré des développements nouveaux. Nous allons néanmoins rétablir cette partie : 1° parce que la question ayant été annoncée, et cela par deux fois, doit recevoir ici même sa réponse et sa solution ; 2° parce que les explications sommaires qui vont suivre présentent déjà un vif intérêt, et donnent un avant goût de la dissertation qu'on lira plus tard, dissertation écrite comme M. Cresp savait le faire, quand un point particulier éveillait davantage sa curiosité ou provoquait ses investigations. Quant à notre appréciation personnelle, nous devons la réserver pour le moment où la question reviendra.

« Pour revenir à l'Ordonnance, c'est probablement l'affranchissement de droit des avaries simples (malgré l'usage et la clause contraires), qui a donné occasion à Pothier de professer que le contrat de grosse n'était pas synallagmatique, qu'il n'imposait d'obligation qu'au preneur, que le donneur n'en contractait aucune (nos 3, 6 2°, 32, 42).

« Mais, même sous ce rapport, on pouvait faire une grande objection à Pothier.

« Le prêteur, affranchi des avaries simples, était soumis aux avaries grosses, et dès lors, il y avait *obligation* pour lui de les réparer, d'en indemniser l'emprunteur ; et dès lors il y avait action d'avarie pour cet emprunteur, action, il est vrai, plus restreinte que pour l'assuré, puisqu'elle ne comprenait qu'une seule nature d'avarie, mais enfin et toujours action d'avarie.

fois, que les avaries, quelles qu'elles soient, n'altèrent en rien l'obligation personnelle du preneur ; que le prêteur n'en a pas moins toujours contre lui l'action en

---

« Pothier (n° 44) a senti lui-même qu'on pourrait lui reprocher la contradiction, consistant à dire d'une part qu'il n'y avait point d'obligation de la part du donneur, d'autre part, qu'il y avait obligation de réparer au moins les avaries grosses.

« Pour concilier cela, il imagine de dire que *l'obligation de contribuer aux avaries communes n'est pas une obligation qui naisse directement du prêt, ni qui soit proprement contractée envers l'emprunteur, qu'elle est plutôt contractée envers celui qui a procuré à ses dépens la conservation des effets, etc.*

« Pure subtilité !

« 1° Si l'obligation de contribuer aux avaries grosses ne naît pas directement du prêt, elle naît directement de l'assurance que souscrit le prêteur, et qui met à sa charge tous les dommages de ce genre qu'éprouvera la chose sur laquelle il prête.

« 2° Celui dont le sacrifice a procuré le salut de la chose, n'a aucune espèce de droit ni d'action contre un prêteur qu'il ne connaît pas, qui ne le connaît pas lui-même.

« Il n'a droit et action que contre le chargeur des effets sauvés, et c'est ensuite ce chargeur qui a droit et action contre son prêteur, qui est aussi son assureur.

« Aussi Emerigon, déterminant les caractères du contrat de grosse (n° 391), dit affirmativement qu'il est intéressé de part et d'autre, aléatoire, conditionnel.

« Mais, quand il s'agit de savoir s'il est ou non unilatéral, il prend la forme interrogatoire : *Est-il synallagmatique ?* et

paiement intégral de la somme prêtée et du change convenu ?

Ne faut-il pas au contraire reconnaître que, dès qu'il y a avarie, quelle qu'elle soit, particulière ou commune, l'action personnelle du prêteur ne subsiste plus que

---

sa réponse est : *M. Pothier dit que ce contrat est unilatéral*, et il n'ajoute rien de plus.

« Ce bon esprit a senti la difficulté ; sans sa modestie habituelle, il eût fait des objections.

« Mais aujourd'hui surtout, cela est-il soutenable ? Aujourd'hui que le prêteur répond de droit des avaries simples, comme des avaries grosses, qu'il est parfaitement assimilé à l'assureur, que l'emprunteur a, comme l'assuré, la pleine action d'avarie ?

« Et néanmoins les auteurs modernes ont tous ou presque tous copié Pothier, sans même réfléchir au changement de principe et de législation.

« Ils disent encore qu'il est unilatéral, qu'il n'y a d'obligation que pour le preneur, que le donneur ne s'y engage à rien (Boulay-Paty, *Conf. sur Em.*, p. 417 ; Delvincourt, t. I, p. 194 ; Pardessus, p. 483, n° 888 ; *Adde* Caumont, n° 2, § 2.)

« Pardessus, traitant même de l'avarie, au lieu de traiter de l'action d'avarie qui compète à l'emprunteur, traite des exceptions de l'emprunteur en cas d'avaries (p. 529).

« Mais l'emprunteur est-il donc tenu d'attendre que son prêteur l'assigne ? Non certes, il a intérêt à le devancer, car : 1° le prêteur a cinq ans pour agir (art. 432) ; 2° l'intérêt de terre court de plein droit par la seule échéance.

« Il faut donc promptement se régler. »

dans une certaine mesure, avec certaines restrictions ou exceptions qui lui sont opposables ?

En effet si, d'un côté, le prêteur a cette action personnelle pour son capital et son intérêt ou profit, d'un autre côté l'emprunteur a dès lors l'*action* ou, si l'on veut, l'*exception d'avarie* à lui opposer.

De là il suit que respectivement débiteurs et créanciers, l'emprunteur et le prêteur devront venir à compte.

L'emprunteur devra exiger et le prêteur souffrir déduction du montant de l'avarie sur le capital et le profit réclamés.

Mais comment se fera cette déduction ?

L'avarie s'imputera-t-elle sur le montant réuni du capital et du change maritime, tel qu'il a été stipulé ?

Ou bien s'imputera-t-elle sur le principal, de manière à réduire proportionnellement le change maritime ?

Exemple par des chiffres :

J'ai emprunté 3,000 fr. au change de 20 0/0.

Il y a une avarie ; elle s'élève à 600 fr.

Si on déduit sur capital et change réunis, voici le résultat :

Capital prêté............	3,000 fr.
Change au 20 0/0........	600
	3,600
A déduire l'avarie........	600
Reste......	3,000 fr.

que l'emprunteur doit payer au prêteur.

Si au contraire on impute sur le capital, en réglant le change à proportion, on trouve :

Capital prêté..........	3,000 fr.
A déduire l'avarie.......	600
Reste......	2,400 fr.
Qui, à 20 0/0, donnent pour change maritime.......	480
Total.....	2,880 fr.

que l'emprunteur aura à payer, au lieu de 3,000 fr. ; différence, 120 fr.

On décide généralement que l'emprunteur ne peut ainsi réduire le change maritime du prêteur ; que ce change doit toujours être calculé sur le capital primitif, et que l'avarie doit être déduite de ce capital et de ce change réunis (Valin, sur l'art. 16 ; Emerigon, p. 410 (1me décision) et 508 ; Locré, sur l'art. 330, p. 394 ; Pardessus, implicitement p. 531 ; *adde* Bédarride, n° 994. Contr. Delvincourt, tr II, p. 321, note 2 ((103.

Mais si le prêteur est en demeure, en retard de payer sa contribution à l'avarie, alors l'imputation se fait sur

---

(103) La solution indiquée au texte se justifie par cette idée que la contribution aux avaries n'empêche nullement le capital et le change maritime d'être dus, et par conséquent la somme que l'emprunteur a le droit de déduire de ce chef, doit s'imputer sur le capital et le change maritime, tels qu'ils se trouveraient exister, si l'avarie ne s'était point produite.

le capital, et le change se trouve, à partir de ce moment, diminué d'autant (mêmes auteurs).

Lorsque plusieurs emprunts ont été faits sur le même objet (et vous savez que cela est permis, quand, dans l'objet, il y a aliment suffisant pour tous les contrats), l'avarie se règlera naturellement, et les divers prêteurs la supporteront dans la proportion de leur intérêt respectif, comme s'il y avait plusieurs assureurs.

Pareillement si, sur le même objet, il y avait à la fois assurance et prêt à la grosse, et qu'il y eut aliment pour les deux contrats, assureur et prêteur contribueront proportionnellement à l'avarie.

Et si enfin le propriétaire n'avait fait sur l'excédant de valeur de sa chose ni assurance ni emprunt, il contribuerait à l'avarie, comme son propre assureur ou prêteur, pour son découvert (Pothier, n° 79 ; Emerigon, p. 543 ; Fremery, p. 263, note 1 ; Bressoles, n° 54. — Contr. Pardessus, t. III, n° 926, p. 568).

Maintenant, dans ce nouvel état de choses, le prêteur peut-il, par une clause expresse du contrat, s'affranchir de toutes avaries, c'est-à-dire stipuler qu'il n'en répondra pas, qu'il n'en subira aucune réduction ?

Il le peut sans difficulté pour les avaries particulières ; l'article 330 ne les met à sa charge que sauf convention contraire.

Mais peut-il aussi s'affranchir des avaries grosses ?

On a contesté cela, en se fondant sur le même article qui met de droit ces avaries à la charge du prêteur,

sans ajouter, comme dans son deuxième alinéa : *s'il n'y a convention contraire.*

Or, dit-on, autoriser la dérogation pour les unes, sans l'autoriser pour les autres, c'est implicitement la refuser pour celles-ci.

L'objection pourrait bien ne reposer que sur une rédaction louche et embarrassée de la nouvelle disposition.

Mais, ce qui est plus grave, elle pourrait s'appuyer sur l'ancienne doctrine qui, il est vrai, refusait absolument au prêteur la faculté de s'affranchir des avaries grosses.

Valin (sur l'art. 16) disait que *ce serait détruire l'essence du contrat.*

Pothier (n° 46) pensait qu'une telle convention serait *manifestement injuste.*

Emerigon (p. 396, 505), disait à son tour : *Pareil pacte serait absolument nul, comme blessant l'équité naturelle et l'intérêt même du donneur, pour qui tout serait perdu, si le navire n'était pas sauvé.*

Et des auteurs modernes ont aussi condamné ce pacte, par la raison que ce n'est qu'au sacrifice qui produit ces avaries que le prêteur doit la conservation de son gage (Pardessus, t. III, n° 595, p. 529) (104).

---

(104) *Sic* aussi Locré, sur l'art. 330 ; Bédarride, n° 992 ; Caumont, n° 30, § 1 ; Marseille, 22 septembre 1857 ; Aix, 25 novembre 1859 ; Marseille, 6 mai et Aix, 20 novembre 1867

Que faut-il en penser ?

Quoi qu'en aient pu dire tous ces docteurs, anciens ou modernes, il est permis de croire qu'un pareil pacte n'est réellement pas contraire, soit à l'essence du contrat, soit à la justice ou à l'équité.

Cela n'est-il pas admis et très licite en matière d'assurance, dont notre contrat n'est, après tout, qu'une variété ?

Il est bien de l'essence du contrat que le prêteur coure un risque, à raison de la chose qui lui est affectée.

Il est bien de la justice et de l'équité que le profit qu'il retire soit l'équivalent du risque qu'il court.

Mais indépendamment des avaries dont il s'affranchirait, n'existe-t-il pas toujours pour lui un risque, le plus grand qu'il puisse courir, celui de la perte totale de l'objet affecté ?

Et, quant au change ou profit, ne se règle-t-il pas naturellement toujours entre parties, en conséquence du plus ou moins de risques que le donneur consent à prendre à sa charge ?

Si, par la convention, il ne se charge que d'un risque moindre, il ne reçoit en compensation qu'un moindre prix du risque.

Aussi des lois ou coutumes étrangères n'ont vu là

(*J. M.* 35, 1, 258 ; 38, 1, 158 ; 1867, 1, 200 ; 1868, 1, 202. *D. P.* 1868, 2, 193) ; — contr. Rouen, 2 février 1849 (*D. P.* 1851, 2, 203 ; *J. M.* 28, 2, 19).

rien d'injuste, ni d'incompatible avec le contrat de grosse.

Et même parmi nous, en dépit de la vieille doctrine, rien n'est plus fréquent dans la pratique que le pacte affranchissant le prêteur des avaries grosses, aussi bien que des avaries particulières, et le soumettant uniquement au risque de perte entière de l'objet affecté (105).

Le prêteur pourrait-il, en sens inverse, assumer le vice propre, la faute du capitaine, comme l'assureur ?

Pothier, tient l'affirmative (*loc. cit.*), mais Valin et Emerigon semblent supposer le contraire, du moins pour le vice propre (Valin, sur l'art. 16 ; Emerigon, p. 509 ; cpr. aussi Locré, sur l'art. 326, p. 376 ; Pardessus, n° 894) (106).

---

(105) Si concluantes et décisives que soient en elles-mêmes ces considérations, nous ne pensons pas cependant qu'en l'état de la loi, telle qu'elle se trouve écrite et rédigée, elles puissent prévaloir. Il ressort en effet des termes mêmes de l'article 330 que si le législateur a innové à l'ancien droit, relativement aux avaries particulières, il a entendu au contraire le maintenir en tout ce qui concerne les avaries communes. Or on sait comment à ce sujet la règle était autrefois interprétée ! C'est donc cette cette interprétation que le législateur a implicitement consacrée, par le seul fait qu'il a adopté, telle qu'elle existait avant lui, l'ancienne disposition.

(106) Cette convention n'est nullement entrée dans les usages, bien qu'elle n'ait par elle-même rien d'illicite et qu'elle tende au contraire, par l'aggravation des risques, à éloigner du prêt le soupçon d'usure. Quant à la garantie des fautes du ca-

Notons, pour terminer, que le prêteur répondant aujourd'hui des avaries particulières, le preneur est tenu de déclarer (comme l'assuré à l'assureur) les choses sujettes à coulage, à détérioration ou diminution particulière (Cod. Com. art. 355).

Il n'en était pas de même autrefois, par suite de la différence de règle sur ce point (Emerigon, p. 475 et sq.)

Ces explications fournies, en ce qui concerne les effets du prêt à la grosse, il ne nous reste plus qu'à dire un mot du *ristourne*, c'est-à-dire de la résolution ou annulation de notre contrat.

L'étymologie de ce terme nous est donnée par Emerigon (t. II, p. 151). Le mot *ristourne* vient de l'expression italienne *storno*, qui signifie proprement l'action de retourner, de revenir sur ses pas, et, au figuré, appliqué aux contrats maritimes (assurance et prêt a la grosse), la résolution ou annulation de ces contrats.

De *storno* on a fait, chez nous, le mot provençal-italien *stourny*, et enfin *ristourne*, mot généralement adopté aujourd'hui.

Il peut y avoir ristourne ou résolution du contrat en totalité, s'il y a défaut absolu de mise en risque, en

---

pitaine, ou soit de la *baraterie du patron*, elle est devenue de style, et pour ainsi dire, de droit dans les prêts à la grosse comme dans les assurances.

partie seulement, s'il y a défaut partiel, mais sans fraude de la part de l'emprunteur.

§ Ier.

Le risque que court le prêteur, à raison des choses qui lui sont affectées, est ce qui caractérise le contrat de grosse, et le différencie du prêt ordinaire.

S'il n'y a point de risque, le contrat est résolu de plein droit.

Or il peut y avoir défaut de risque de plusieurs manières :

Si le navire désigné ne part point ;

Si, ce navire partant, les objets désignés ne sont point chargés ; peu importe qu'on en charge d'autres ;

Si l'on fait faire au navire et aux objets chargés un autre voyage que celui qui est convenu, si, avant le départ, on leur donne une autre destination (art. 349) :

Je dis *avant le départ*, car, si l'objet affecté est une fois parti dans les conditions du contrat, peu importe que, depuis, l'emprunteur change la destination de l'objet ou abrège le voyage qu'il devait faire.

Il suffit, nous l'avons vu, qu'il y ait commencement du risque, pour que le contrat subsiste et ait son plein effet en faveur du prêteur.

Remarquez de plus qu'il peut y avoir défaut absolu de risque, lors même que les objets affectés ont été

chargés sur le navire désigné et que la destination première a été maintenue.

Cela arriverait si la valeur des objets affectés par l'armateur ou le chargeur était, lors du contrat, déjà couverte et absorbée par des emprunts qu'il aurait faits antérieurement (arg. art. 379 et 380).

On peut bien, nous l'avons dit, faire des mêmes objets la matière de plusieurs emprunts, ou à la fois d'emprunts et d'assurances ; mais en tant qu'il y aura aliment pour le tout.

Si un premier emprunt ou une première assurance garantissait l'entière valeur, l'entier risque, l'emprunt contracté postérieurement se trouverait sans aliment.

Et par conséquent il devrait être résolu (*sic* Bédarride, n° 887).

Dans tous ces divers cas, il y a donc lieu à ristourne ou résolution complète du contrat, en tant que convention de grosse.

Il ne produira plus aucun des effets d'une convention de ce genre.

Quoi qu'il arrive, le prêteur n'aura à prétendre sur les objets que lui affectait le contrat aucun droit privilégié.

Et il n'aura, non plus, aucun profit maritime à réclamer, car c'était-là le prix d'un risque à courir : point de risque couru par lui, point de profit qui lui soit dû (107).

---

(107) Cpr. la note 8 *supra*, p. 215 et 216.

Mais ici une question se présente.

Pour que le contrat soit aussi résolu pour défaut de risque, y a-t-il à distinguer entre le cas où ce défaut de risque est provenu d'une force majeure, et le cas où il est provenu du propre fait de l'emprunteur, de sa faute ou de sa pure volonté ?

Les docteurs étrangers, notamment en Italie, ont voulu faire cette distinction ; pour priver le contrat de ses effets, pour priver le prêteur du droit de réclamer le profit stipulé, ils ont exigé que le défaut de risque provînt, non du fait du preneur, mais d'un obstacle de force majeure.

Mais parmi nous, il est admis au contraire que, de quelque cause que provienne le défaut de risque, toujours il entraîne la résolution du contrat, par le motif que là où, par une cause quelconque, il n'y a point eu de risque, il ne saurait y avoir de prix du risque.

Dans tous les cas, le contrat se trouve donc alors transformé ; il perd son caractère aléatoire, il cesse d'exister comme contrat a la grosse, mais il reste et subsiste comme prêt ordinaire, c'est-à-dire que, quelque soit l'événement, le prêteur aura toujours droit à la restitution du capital qu'il a fourni.

Mais, à défaut du profit maritime qu'il ne peut réclamer, ce prêteur aura-t-il droit d'abord à l'intérêt de terre de son argent qu'il a cru prêter à la grosse ?

A cet égard, Pothier (n° 39) veut faire la distinction dont nous parlions tout à l'heure.

Si c'est par force majeure que le risque n'a pas eu lieu, l'intérêt ne sera dû que de la demande judiciaire; mais si c'est par le fait du preneur que le risque a manqué, ce sera depuis qu'il a reçu la somme prêtée.

Mais cette distinction, repoussée déjà par Valin (sur l'art. 15 de l'Ord.) et Emerigon (p. 495 et 496) ne saurait davantage tenir aujourd'hui, en présence de l'article 317, 2me alinéa, et elle a en effet contre elle tous les auteurs.

Mais le prêteur aurait-il droit à autre chose en sus de l'intérêt ? Pourrait-il, par application de l'article 349, prétendre en plus la demie pour cent de la somme prêtée, comme indemnité des peines, droit de signature, démarches, etc. ?

Pardessus répond affirmativement (p. 538), mais où a-t-il trouvé cela ?

Il a vu dans Valin (sur l'art. 15) que là ou le prêteur aurait fait assurer ses deniers, supportant la demie pour cent sur l'assurance caduque, il devrait les répéter de l'emprunteur, en cas que celui-ci eût manqué de charger par sa faute.

Mais c'est le seul cas où il admette ce demi pour cent, ainsi qu'Emerigon (*loc. cit.*) (108).

§ II.

Pour que le contrat de grosse produise son entier

---

(108) En ce sens, Delvincourt, t. II, p. 320, note 9; Vin-

effet, non seulement il faut un risque, mais encore un risque complet, c'est-à-dire le risque d'une valeur au moins égale au montant de l'emprunt.

Le principe est écrit dans la loi-même ; en cas de perte du navire ou du chargement, le preneur n'est libéré qu'à la condition de justifier qu'il y avait, pour son compte, des effets jusqu'à concurrence de la somme empruntée (art. 329).

C'est ce qu'on appelle la *justification du chargé*,

---

cens, p. 301 au texte et à la note 3 ; Dageville, t. III, p. 314 ; Bédarride, n° 891 ; Caumont, n° 25, § 3. Nous n'admettrons même point, quant à nous, la restriction que Valin et Emerigon ont apportée à leur solution, au cas où le prêteur aurait fait assurer les derniers prêts à la grosse, c'est-à-dire que nous ne donnerions à l'assureur, vis-à-vis du prêteur à la grosse, que les mêmes droits qu'a celui-ci, dans ses rapports avec l'emprunteur. Du moment que l'on admet en effet que la disposition règlementaire sur ce point est l'article 317 et non pas l'article 349 (et le rapprochement de la première de ces dispositions avec celle de l'article 356 ne permet pas, quant à ce, le moindre doute,et il en résulte que le législateur a fait de l'intérêt de terre, en cas de prêt à la grosse, l'équivalent du demi pour cent en cas d'assurance), du moment, dis-je, qu'il en est ainsi, il est évident que la solution ne saurait changer, suivant que le donneur aurait ou non fait assurer les deniers prêtés. L'assureur n'étant à proprement parler, dans cette hypothèse, qu'un *réassureur*, ne doit pas avoir plus de droit que son assuré, c'est-à-dire l'assureur primitif auquel il s'est substitué.

c'est-à-dire de la mise à bord des marchandises affectées.

Cette preuve se fait en matière d'assurance par connaissements (art. 283), et non seulement il faut justifier le chargement ou la mise à bord, mais encore la valeur des objets chargés ; ce qui se fait par factures, etc.

La loi, dans son texte (art. 329), ne se rapporte qu'aux objets du chargement affectés au prêt.

Quant au navire, sur lequel le prêt aurait eu lieu, c'est un objet tel que son existence n'a pas besoin de preuve ; et, pour ce qui est de sa valeur, elle s'établit, au besoin, par des documents tels que contrats d'achats ou évaluations se trouvant dans des actes antérieurs.

D'ailleurs, pour prévenir des contestations, il arrive souvent que la chose affectée, navire ou marchandise, est d'avance évaluée dans le contrat même.

Cette évaluation conventionnelle dispense le preneur de toute justification à cet égard (comme pour l'assuré).

Mais cela excluait-il toute réclamation du prêteur ? Non ; mais la présomption est contre lui, c'est à lui à la détruire par la preuve contraire (arg. art. 336).

Supposons maintenant qu'il soit reconnu ou prouvé que l'objet affecté et mis en risque est d'une valeur inférieure au montant de l'emprunt.

Ici on distingue si l'infériorité de valeur provient de

la fraude de l'emprunteur, ou si elle provient de la simple erreur (art. 316 et 317), comme en matière d'assurance du reste (art. 357 et 358).

Mais d'abord la fraude sera-t-elle ici présumée, par cela seul qu'il y a un excès dans la somme empruntée?

Oui, selon Emerigon s'attachant au mot de l'Ordonnance et en forçant le sens ; c'est au preneur frauduleux à se justifier (p. 496 et 497).

Ce système était d'une excessive rigueur ; l'auteur n'admettait guère d'autre justification que si, avant le départ, l'emprunteur avait déclaré au prêteur que l'expédition projetée n'avait pas eu lieu, en tout ou en partie.

Pothier était d'un avis contraire (n° 12) ; pour lui la fraude ne se présume pas ; le preneur doit être facilement écouté à justifier sa bonne intention, il suffit qu'il allègue quelque chose de plausible.

Valin (sur l'art. 3) ne voit de fraude que si le preneur avait déjà donné un prix à son navire, ou si ayant en mains les factures des objets chargés, il en avait sciemment excédé la valeur par ses emprunts.

Aujourd'hui il est incontestable que la fraude doit être prouvée, la loi le dit expressément (art. 316 et 357).

Tous les auteurs sont de cet avis, tous disent qu'il ne faut pas s'arrêter à des différences peu importantes, à de faibles inégalités.

Le prêteur aurait-il droit à l'intérêt ou change de terre depuis son prêt ?

Valin (sur l'art. 3) disait que non, au moins dans le cas de sinistre, par le motif qu'il devait s'estimer heureux de retrouver son capital.

Emerigon (p. 498), sans distinction des cas, admet l'intérêt depuis la fourniture ; le contrat étant annulé pour fraude du preneur, on retombe dans le droit commun en cette matière. Il cite une décision judiciaire conforme.

C'est aussi l'avis de Pardessus (p. 536), de Dageville (t. III, p. 511), de Boulay-Paty (t. III, p. 128).

Locré (*loc. cit.*) et Delvincourt (t. II, p. 318 *in ppio* et 320, note 9) sont contraires (111).

Mais pour que cette nullité du contrat ait lieu, il faut qu'elle soit demandée, et elle ne peut l'être que par le prêteur, l'article 316 est formel sur ce point ; l'emprunteur ne saurait arguer de sa propre fraude (mêmes auteurs, et en plus Bédarride, nº 884).

De ce que l'emprunteur ne peut demander la nullité,

---

(111) Quoi qu'il en soit, la solution ne saurait être douteuse en présence de l'art. 317 2me al., et il importe peu sous ce rapport que le ristourne soit dû à la fraude du preneur plutôt qu'au fait même de l'insuffisance du risque. L'effet étant le même, savoir la transformation du contrat de grosse en prêt ordinaire, les mêmes conséquences doivent se produire.

et de ce que cette demande est facultative au prêteur, il en résulte cette singulière conséquence.

Le prêteur a dans ses mains le sort du contrat ; il reste maître de l'annuler ou de le maintenir, selon l'événement et son intérêt.

S'il y a sinistre, il fera annuler et recevra son entier capital et l'intérêt de terre.

S'il y a heureuse arrivée, il laissera le contrat subsister, il recevra non-seulement son entier capital avec simple intérêt, mais son entier profit maritime.

Pourtant il n'aura couru aucun risque, et il en recevra le prix !

Le motif en est que le prêteur ayant été trompé, et l'emprunteur étant le trompeur, il était juste que toutes les chances tournassent en faveur de l'un contre l'autre ; c'est la juste peine ou punition de sa fraude (Emerigon, *loc. cit.* ; Locré, *ibid.* ; Pardessus, p. 586 ; Delvincourt, t. II, p. 317, notes 2 et 4 ; Bédarride, n° 885).

L'action en nullité, en cas de billet de grosse *à ordre*, appartiendrait au cessionnaire ou porteur comme au prêteur lui-même.

Maintenant il arrive que l'insuffisance de valeur dans l'objet mis en risque, est avouée, reconnue par l'emprunteur lui-même.

Mais il l'attribue à une simple erreur de sa part, ou de la part du commissionnaire qui a chargé pour lui ; il

a cru, quand l'emprunt a eu lieu, qu'on chargerait pour une valeur égale.

Il n'a pas a prouver sa bonne foi, la mauvaise ne se présume pas ; il est en bonne foi, par cela seul qu'on ne prouve pas la fraude contre lui.

Que décider alors ? Que devient le contrat de grosse ? Il n'est pas annulé à plein, comme quand il y a défaut absolu de risque ou insuffisance frauduleuse.

Il est seulement réduit à la valeur des objets qui ont été effectivement chargés.

Le contrat subsiste jusqu'à cette concurrence, il est annulé pour le surplus ou excédant (art. 317).

Pour la valeur chargée, si l'objet arrive, le prêteur reçoit la portion du capital et du change maritime qui correspond à cette valeur, et s'il périt, il perd cette partie de capital et cette partie de change maritime.

Mais pour le surplus de son capital, c'est un prêt ordinaire qui ne court point de risques, qui par conséquent ne peut périr ni produire de change maritime.

Quel que soit l'événement, que l'objet arrive ou qu'il périsse, cette portion du capital est remboursée au prêteur, avec l'intérêt de terre à compter du prêt (112).

---

(112) L'art. 317 dit l'intérêt *au cours de la place*, parce qu'à l'époque où le Code de Commerce a été voté, l'intérêt de terre n'était pas limité (cpr. art. 1907 Cod. Civ.); mais aujourd'hui il faut combiner cette disposition avec la loi du 3 septembre 1807, limitative du taux des intérêts.

Exemple : Un emprunt est fait pour 6,000 fr., à 20 0/0 de change.

On charge pour 3,000 fr.

Le contrat vaut pour 3,000 fr., et il est annulé pour autant.

A l'arrivée le prêteur reçoit 3,000 fr. et 20 0/0 sur cette somme, plus les autres 3,000 fr., mais seulement avec intérêt de terre.

En cas de perte, il perd ses 3,000 fr. et son change sur cette somme, mais il reçoit toujours ses autres 3,000 fr. avec intérêt (Pothier, n[os] 12 et 13 ; Valin, sur l'article 15 ; Emerigon, p. 494 ; Pardessus, p. 537, 538 ; Delvincourt, t. II, p. 318, note 8 ; Locré sur l'art. 317 ; Bédarride, n[os] 889 et 890).

Mais qui peut demander ce ristourne partiel ?

Ici l'une et l'autre partie ; car la loi n'a pas, comme dans l'article 316, limité au prêteur la faculté de le demander.

L'emprunteur de bonne foi peut donc le demander aussi (Pardessus, *loc. cit.* ; Delvincourt, t. II, p. 319, note 8).

PLURALITÉ DE PRÊTS

Jusqu'ici nous n'avons raisonné que sur un seul contrat de grosse, isolé de tout autre, libre et indépendant dans l'exercice de son privilége.

Mais si, comme il arrive parfois et assez souvent, il existe plusieurs prêts à la grosse, et tous avec affectation sur une seule et même chose, quel concours ou quel rang ces divers prêteurs obtiendront-ils pour l'exercice de leur privilége respectif ?

Un principe que j'ai déjà eu occasion de signaler, c'est que l'emprunteur à la grosse n'est tenu envers son prêteur de lui donner et maintenir pour gage qu'une valeur égale au montant de la somme prêtée : en sorte que, si l'objet affecté a une valeur supérieure au montant du prêt, l'emprunteur est maître de disposer, comme il l'entend, de cet excédant de valeur.

Il peut donc, selon ses besoins et ses convenances, affecter cet excédant de valeur à un autre emprunt du même genre, à plusieurs même, si cet excédant lui en donne la latitude.

Il suffit que, dans la valeur qu'il affecte aux emprunts, quel qu'en soit le nombre, il y ait aliment suffisant pour tous, garantie suffisante pour tous.

C'est là, dans notre droit maritime, un principe de toute certitude, professé et appliqué universellement, résultant d'ailleurs de plusieurs dispositions législatives.

Or si, la navigation terminée, la chose affectée aux divers prêts, a conservé sa valeur primitive qui suffisait à tous, point de difficulté, tous les prêteurs y trouveront matière à s'y payer intégralement.

Mais au contraire, il pourra très bien arriver (et c'est ce qui n'arrive que trop) que les chances et les accidents

de la navigation aient altéré dans une proportion plus ou moins forte, la consistance du gage commun.

Et dans ce cas si fréquent, il faudra bien déterminer des règles de concours ou de préférence entre les divers prêteurs.

On connaît, au moins généralement, la grande règle en matière de priviléges : c'est qu'entre eux la préférence se détermine par la qualité des créances, par la nature plus ou moins favorable de leur cause.

L'ordre des dates, le rang des contrats n'est là nullement à considérer.

Peu importe que la créance, plus favorable par sa qualité, soit antérieure ou postérieure en date à la créance moins favorable, elle passera toujours avant celle-ci ; et s'il arrive que deux créances soient également favorables, sans égard aux dates elles viendront au même rang et en concurrence, c'est-à-dire que, s'il y a insuffisance du gage ou de son prix, répartition en sera faite au marc le franc entre tous les privilégiés.

Ce sont là des règles posées par le Code Civil (art. 2095); c'est le droit commun, et il n'y a aucune raison pour ne pas l'appliquer aux matières maritimes (cpr. en effet art. 191 Cod. Com.)

Nous trouvons pourtant à cet égard dans Locré (sur l'art. 191, p. 14) une bien étrange doctrine, une double et grossière erreur, copiée par Boulay-Paty (t. I, p. 111) et répétée dans ses *Conférences sur Emerigon* (p. 591), et dans des auteurs connus et souvent cités.

Ils supposent que, de droit commun, quand la cause de deux créances privilégiées est également favorable, il faut se régler sur la priorité de date ; que ce n'est que quand tout est égal, et pour la faveur de la cause et pour la date, qu'il y a lieu à concurrence.

Et ils supposent que c'est d'après ces prétendues règles que le Code de Commerce range les priviléges sur un navire ou sur son chargement.

C'est-là une double et grossière erreur condamnée, non-seulement par les principes de droit commun, mais encore par les règles spéciales que le Code de Commerce pose en cette matière.

Voyons, en effet, ce qui résulte de l'article 323 de notre titre, combiné avec l'article 191, qui détermine l'ordre des priviléges sur un navire, et notamment (n[os] 7 et 9 et § final) le rang qu'obtiennent entre eux divers prêteurs à la grosse.

Pour moins de confusion dans une matière qui n'en est pas exempte, il faut d'abord considérer les *prêts sur corps* séparément des *prêts sur facultés*.

Pour les prêts sur corps, il nous faut nécessairement distinguer en sous-ordre :

1° Les prêts faits pour différents voyages du navire ;

2° Les prêts faits, les uns avant le départ du navire, les autres pendant le voyage ;

3° Les prêts faits tous également avant le voyage;

4° Les prêts faits tous également pendant le voya-

ge, soit dans le même lieu, soit dans des échelles différentes.

1° *Prêts pour voyages différents.*

Qui est préféré, de celui qui a prêté pour un précédent voyage, ou de celui qui a prêté pour le dernier ?

Il semblerait au premier coup d'œil que c'est celui du premier voyage.

Son argent a servi ou est censé avoir servi à construire, à armer ou réparer plus anciennement le navire.

Quelle justice de lui préférer celui dont l'argent n'a servi ou n'est censé avoir servi qu'à réparer plus tard le navire, à le mettre en état de faire un nouveau voyage ?

Ce n'est là cependant qu'un aperçu trompeur.

Le deuxième est préférable ; et la loi le décide ainsi dans l'article 323 : *Les emprunts faits pour le dernier voyage du navire, sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage.*

Mais pourquoi ? La solution est fondée sur ce principe ancien et général, qu'entre plusieurs créanciers gagistes, la préférence est due à celui qui, le plus récemment, a conservé, mis en état de fructifier, au profit de tous, le gage commun.

Ce principe était écrit dans la loi romaine, au Digeste (liv. xx, tit. iv, *Qui potiores in pignore*, l. 5 et 6), qui en faisait l'application au cas présent, et toute la

doctrine ancienne et moderne l'a adopté et reproduit (Pothier, n° 53 ; Emerigon, p. 556 ; Fremery, p. 260; Bressoles, p. 40, etc.)

Et c'est-là qu'est la base et le motif de tout l'ordre de préférence qu'établit notre loi pour tous privilèges affectant un navire (art. 191).

D'après cela il est facile de s'expliquer la préférence donnée au prêt pour le dernier voyage, sur le prêt pour voyage antérieur.

C'est que, faute d'un nouvel emprunt, le navire serait resté dans le port sans utilité, sans profit pour personne ; il y aurait au contraire dépéri, au détriment de tous.

Tout l'argent, qu'on y aurait déjà employé, se trouverait gravement compromis, s'il n'était remis en état de naviguer et de gagner de nouveaux frets.

Qui d'ailleurs, ainsi que l'observe Vincens, voudrait prêter pour un nouveau voyage, si la priorité n'était accordée sur les voyages antérieurs ?

Mais voici à ce sujet ce qui arrive parfois.

Le prêteur qui a fourni les fonds pour tel voyage, au lieu d'exiger son remboursement quand le risque est fini pour lui, convient avec l'armateur que les fonds lui seront laissés au même titre, pour un nouveau voyage à entreprendre.

Alors si, pour ce voyage subséquent, l'armateur contracte avec un tiers un nouvel emprunt, le nouveau prêteur obtiendra-t-il encore la préférence sur l'ancien ?

Oui, car dans le fait tous les mêmes motifs subsistent en sa faveur, et c'est ce que décide l'article 323, lorsqu'il ajoute : *Quand même il serait déclaré que les sommes prêtées pour précédent voyage, sont laissées par continuation et renouvellement.*

Pour éluder cette décision, il est une tournure qu'on a quelquefois employée : l'ancien prêteur quittance son billet de grosse, et l'emprunteur lui en souscrit un nouveau, comme s'il était fait pour le voyage plus récent.

C'est une fraude, et si l'on peut la prouver, le nouveau prêteur aura toujours la préférence (Valin, sur l'article 16 ; Emerigon, p. 573 ; Locré, sur l'art. 323, p. 368 ; Pardessus, p. 521 *in fine* ; Delvincourt, t. II, p. 336, note 1 ; Bédarride, n° 938) (113).

2° *Les prêts ont été faits, l'un avant le départ, l'autre pendant le voyage.*

A qui la préférence est-elle due ?

Il semble encore que le premier devrait être préféré.

Et c'est pourtant encore le second, et par un motif semblable.

---

(113) Cpr. la décision donnée ci-dessus, p. 219, note 11.

De quoi eût servi de mettre à la voile, si le navire eût été obligé de s'arrêter en chemin ?

Le dernier prêteur conduit le gage à sa destination, ou le ramène au port de départ ; il fait l'avantage des précédents (Pothier, n° 53).

Aussi l'article 323 porte-t-il que *les sommes empruntées pendant le voyage, sont préférées à celles empruntées avant le départ.*

Ce qui concorde avec l'article 191, qui détermine en général et par une série de numéros le rang des priviléges sur navires, et qui place au septième rang les sommes prêtées pendant le voyage, tandis qu'il n'accorde que le neuvième aux sommes prêtées avant le départ.

On voit là que, loin que la priorité de date emporte préférence, c'est au contraire le plus récent qui est préféré au plus ancien (114),

3° *Plusieurs prêts ont tous également été faits avant le départ ; ils l'ont été successivement et à des dates différentes.*

Y aura-t-il lieu encore à suivre l'ordre inverse des

---

(114) Il y a aujourd'hui, de cette préférence accordée au second prêteur sur le premier, une meilleure et plus décisive raison à donner, c'est que le premier prêteur n'a plus de privi-

dates, et à préférer le plus récent à celui qui l'a précédé ?

Non, et la raison en est qu'en matière de priviléges, la préférence s'attache essentiellement et avant tout, non à la date antérieure ou postérieure des contrats, mais à leur cause plus ou moins favorable.

Or, ici la cause est la même, est également favorable.

En quelque nombre que des prêts aient eu lieu avant le départ, ils ont tous eu le même objet, le même emploi : celui d'armer ou de restaurer le navire, de le mettre en état de prendre la mer.

Qu'un seul emprunt ait suffi pour cela, ou que plusieurs y aient concouru, la chose est indifférente. La faveur est la même, et l'on n'a nul égard aux dates, ni dans l'ordre direct ni dans l'ordre inverse.

C'est, au surplus, la disposition textuelle de l'article 191 dans son alinéa final : *Les créanciers compris dans chacun des numéros du présent article, viendront en concurrence et au marc le franc, en cas d'insuffisance du prix* (115).

---

lége, aux termes de l'article 27 de la loi du 10 décembre 1874, et que, eût-il stipulé une hypothèque, cette hypothèque ne prendrait rang, selon le droit commun reproduit par l'article 18 1er al. de la même loi, qu'après tous les priviléges en général.

(115) Aujourd'hui où il n'y a plus de privilége attaché au prêt à la grosse contracté avant le voyage, le concours se justifie

4° *Prêts faits pendant le voyage.*

En serait-il de même pour des prêts divers qui, tous, auraient également été faits pendant le voyage ?

Il y a ici plus de difficulté.

Faute de s'être mieux expliquée, la loi présente à cet égard une antinomie, entre l'article 191 et l'article 323.

D'un côté le dernier paragraphe de l'article 191 range en concours et au marc le franc, sans égard aux dates, les prêts faits au navire pendant le voyage, compris indistinctement dans son n° 7.

Et, d'autre part, l'article 323 veut (ce sont ses termes) que *s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier soit toujours préféré à celui qui l'aura précédé.*

Comment concilier cela ?

Il n'y a qu'un moyen, c'est de suppléer à l'insuffisance et à l'obscurité de la loi, par la doctrine et la pratique généralement suivies à ce sujet.

---

par un autre motif, c'est que les prêteurs, étant tous des créanciers chirographaires, ne peuvent avoir aucun droit de préférence, les uns vis-à-vis des autres (art. 2093 Cod. Civ.) ; sauf encore si des hypothèques avaient été concédées, auquel cas on appliquerait la règle *prior tempore, potior jure* (même art. 18 de la loi de 1874).

Entre les prêts qui ont été faits dans le cours du même voyage, il faut distinguer ceux qui ont été faits dans le même lieu de relâche et d'échelle, et ceux qui ont été faits dans des lieux différents.

Si c'est dans des lieux différents, la préférence est due au dernier, comme le veut l'article 323.

Et pourquoi cela ?

Parce que, sans ce dernier emprunt, le navire, gage du précédent, aurait été arrêté en route, n'aurait pu atteindre sa destination.

Il a conservé plus récemment le gage de tous, et sans lui tout ce qui aurait précédé serait devenu inutile.

Mais si les prêts contractés pendant le voyage l'ont été dans le même lieu, le motif de préférence cesse, et il y a lieu à concours, comme pour les prêts avant le départ ; c'est un même objet, les mêmes besoins du navire, la même réparation, la même cause qui a déterminé les mêmes emprunts dans la même échelle.

Telle est la doctrine universelle (Emerigon, t. II, p. 569 et 570 ; Boulay-Paty, *Confér.*, t. II, p. 327, note 3 ; Pardessus, t. III, n° 919. p. 560 ; Fremery, p. 261 *in fine* ; Dageville, t. III, p. 22 et 534 ; Bressoles, p. 40 *in fine* ; Bédarride, n°s 86 et 939) (116).

De là ressort l'explication, le complément et la conciliation de nos articles 191 et 323.

Comme le veut l'article 191, les prêts faits en cours

---

(116) *Adde* notre explication personnelle, t. I, p. 136 et sq.

de voyage viendront en concours, quand ils auront été faits dans la même échelle.

Comme le veut l'article 323, le plus récent sera préféré, quand ils auront été faits dans des échelles différentes.

Voilà pour les emprunts *sur corps*.

Maintenant qu'en sera-t-il des prêts *sur facultés* ?

Les mêmes principes et les mêmes décisions y sont applicables (117) ; peu importe que le gage, sujet du privilége, soit le navire ou son chargement.

La loi romaine (au titre cité), après avoir posé la règle de préférence relativement au navire, ajoute immédiatement : *Item si quis in merces obligatas crediderit...., potentior erit, licet posterior* (Emerigon, p. 576 ; Pardessus, t. III, p. 560).

Si l'article 191 (au titre des *navires*) ne parle que du rang des prêts faits sur navires, l'article 323 est général, et règle la préférence pour tous prêts à la grosse, sur facultés comme sur corps.

Disons enfin un mot de la question de prescription.

L'Ordonnance n'en établissait point de particulière, pour des actions naissant du contrat de grosse.

De là on concluait que ces actions avaient trente ans de durée (Emerigon, p. 529).

---

(117) Et ici sans modification du chef de la loi de 1874.

Mais il est des motifs qui, en matière maritime, comme généralement en toute matière commerciale, devaient faire abréger un délai si long.

Les intérêts et le sort des contrats ne peuvent ainsi rester longtemps suspendus.

Aussi l'article 432 dispose-t-il que *toute action dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, est prescrite après cinq ans, à compter de la date du contrat* (118).

---

(118) On peut voir dans Locré (t. IV, p. 433) l'élaboration par laquelle cet article a passé, avant d'être voté. Quoi qu'il en soit, et sans entrer sur ce point dans des détails d'application qui seront mieux à leur place dans la matière des *Assurances*, nous avons cependant une triple particularité à signaler : 1° on remarquera d'abord que le point de départ de la prescription n'est pas au moment où l'action est née, par suite de l'exigibilité de la dette, mais au moment même de la passation du contrat. Il y a là un délai préfix, jugé suffisant par la loi, et dans lequel le contrat est supposé avoir pu produire tous ses effets. Voy. en ce sens, Rouen, 12 juillet 1850 et Marseille, 8 juin 1874 (*J. M.* 29, 2 121 ; 1874, 1, 205. *D. P.* 1851, 2, 40. *J. P.* 1852, 150) ; 2° la même idée conduit à décider que la prescription n'est ici susceptible d'aucune suspension, comme du reste toutes les prescriptions en matière commerciale (voy. t. I, p. 489 et 490) ; 3° si, aux termes de l'article 434, elle est susceptible d'interruption, c'est, ainsi que le témoignent les travaux préparatoires eux-mêmes, par suite d'un tempérament d'équité apporté par le législateur lui-même à son principe, et parce que les actes visés dans cet article feront le plus souvent plus qu'interrompre la prescription, ils opèreront une véritable

Si le billet de grosse est à ordre, le porteur doit agir dans les délais prescrits pour tout billet à ordre, sinon il serait déchu de tout recours en garantie, c'est la conséquence du principe posé en l'article 313.

Mais la prescription de cinq ans doit-elle alors, au lieu de partir de la date du billet, ne partir que du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique, conformément à l'article 189 ?

Quid si le billet était au porteur (119) ?

---

novation dans la créance, ne permettant plus que la prescription trentenaire. Consult. un intéressant arrêt d'Aix du 23 décembre 1870 et aussi Marseille, 17 juillet 1871 (*J. M.* 1871, 1, 112 et 209 ; *D. P.* 1872, 2, 54).

(119) M. Cresp se contente de poser ces questions sans les résoudre. Quant à nous, notre réponse est bien simple et notre solution toute indiquée. Il nous paraît bien impossible d'abord d'appliquer au titre *au porteur* une disposition, comme celle de l'article 189, qui n'a pas été faite pour lui. Par conséquent, en l'absence de toute règle spéciale, l'article 432 régit forcément cette situation comme les autres.

La question est plus délicate, en ce qui concerne le titre ou billet *à ordre*, car la règle spéciale existe ici, et l'article 313 se borne, en termes vagues, il est vrai, à y renvoyer. Nous serions toutefois disposés à appliquer en ce cas la distinction proposée *supra*, p. 251, note 40, et conséquemment à faire prévaloir l'article 432 sur l'article 189. En outre de la considération présentée *loc. cit.* il nous sera permis de faire remarquer : 1° qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer l'article 432 à l'espèce, le motif général qui a fait établir cette disposition

subsistant avec une égale force ici ; 2° que la solution contraire amènerait une disparité choquante et injustifiable entre le billet *à ordre* et le billet *au porteur*. — En résumé il n'y aura lieu pour nous à l'application des articles 164 et sq., touchant le recours du porteur contre ses garants, que tout autant que l'on se trouvera dans le délai de cinq ans à compter de la date du contrat, conformément à l'article 432.

TABLE MÉTHODIQUE

DES MATIÈRES

Chapitre V. — *Des affrètements.*

Chapitre VI. — *Du contrat à la grosse.*

TABLE

Des articles du livre II du Code de Commerce

dont le commentaire se trouve dans ce volume.

I. — Articles du titre *du Capitaine*.

II. — Articles de la matière des affrètements et du prêt à la grosse.

III. — Articles du titre des *Prescriptions*.

